ISTITUZIONI
DI
DIRITTO ROMANO

APPUNTI
DEL
PROF. ALESSANDRO DOVERI
PER COMODO
DEI SUOI SCOLARI

VOLUME SECONDO

SIENA. TIP. DEI SORDO-MUTI
1859.

LIBRO SECONDO

DELLE COSE E DEI DIRITTI PATRIMONIALI

SEZIONE II.

Dei Diritti Patrimoniali

TITOLO II.

DEI DIRITTI PATRIMONIALI EMERGENTI DA UN RAPPORTO OBBLIGATORIO (*OBLIGATIONES*)

§. 226. Fra i Diritti Patrimoniali, oltre i Reali, vengono quelli emergenti da un Rapporto Obbligatorio, diritti che i Romani chiamano *Obligationes*, ed i Moderni Scrittori: *Diritti di Obbligazione*. Questi Diritti non hanno per *objetto*, come i Diritti Patrimoniali Reali, una *cosa corporale*: il loro objetto è un *fatto*, un *servigio utile* e *riducibile* a *valore pecuniario*, e che per conseguenza fa parte dei beni, del patrimonio, *ea enim in obligatione consistere, quæ pecunia lui, præstarique possunt* (*fr. 9.* §. *2 Dig. de Statulib. XL, 7*). Quel *fatto* può talora consistere nel procurare una cosa corporale; e quel fatto trova sempre il suo equivalente in una cosa corporale, nel danaro cioè, che ne è misura e rappresentazione; è per questo che alcuni scrittori antichi chiamarono i Diritti Patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio: *Jura ad rem*; ma in realtà, una cosa corporale non è *direttamente* il loro objetto: ossia essi non investono *direttamente* la cosa, sibbene un *fatto*, un servizio utile; « obligationum substantia, non in eo consistit ut aliquod

« *corpus nostrum.faciat* ..... sed ut alium nobis *obstringat* « ad *dandum* aliquid, vel *facendum*, vel *præstandum* » *fr. 3 Dig. prin. de obligat. et act. XLIV, 7*). Il fatto, obietto dei Diritti Patrimoniali emergente da un rapporto obbligatorio, è un *Debito* per chi ha il dovere giuridico di eseguirlo, è un *Credito* per chi ha la facoltà giuridica di esigerlo; da ciò deriva, che questi Diritti chiamansi eziandìo *Crediti*. I Diritti Patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio, non presuppongono, come i Diritti Patrimoniali Reali, una relazione *fra una persona ed una cosa*, sibbene una relazione *fra una persona ed una persona*; onde taluno li disse, benchè impropriamente, *Diritti Personali*; non si fanno valere come i Diritti Patrimoniali Reali, contro chiunque: non sono diritti *assoluti*, ma invece si fanno valere contro una determinata persona, sono diritti *relativi*.

§. 227. Bene si distinguono i Diritti Patrimoniali emergenti da un Rapporto Obbligatorio, da quei Diritti che chiamammo *Personali*, (ossia dai Diritti di *Condizione Civile* e dai Diritti di *Famiglia*): imperocchè questi ultimi non sono come quelli stimabili a contanti, nè trovano nel danaro misura e rappresentazione, od almeno repugna al senso morale il misurarli o rappresentarli in quella guisa. Il Diritto del padre al rispetto del figlio, diritto derivante dalla Patria Potestà, non è assolutamente stimabile a contanti: il diritto del padre stesso ad ottenere dei servigj dai figli, non può senza offesa del sentimento morale valutarsi in danaro: *pietatem liberi parentibus, non operas debent* (*fr. 10 Dig. de obseq. parent. XXXVIII, 17*). Aggiungasi, che i Diritti *Personali* hanno sempre per objetto la persona o *propria*, come i diritti di condizione civile, o *altrui*, come i diritti di famiglia: mentre i Diritti Patrimoniali emergenti da un Rapporto Obbligatorio hanno per objetto anzichè una *Persona* un *Fatto* (Vedi Introduz. Sez. IV, §. 224 pag. 152 e 153 e Libro II. §. 22 pag. 432 e 433).

PARTE I.

DELLE OBBLIGAZIONI IN GENERALE, E LORO DISTINZIONI

Istit. Lib. III. Tit. 13 de obligationibus - Dig. Lib. XLIV Tit. 7 de obligationibus et actionibus. - Cod. Lib. IV. Tit. 10 de obligationibus et actionibus.

§. 228. Un *Rapporto Obbligatorio*, una *Obligazione* è sempre la scaturigine dei Diritti Patrimononiali, dei quali andiamo a trattare. Importa dunque, dichiarare che cosa sia veramente un rapporto obbligatorio, una obbligazione. « *Obligatio*, si legge « nelle Istituzioni Imperiali, *est juris vinculum, quo necessitate* « *adstringimur alicujus solvendæ rei. secundum nostræ civita-* « *tis jura* » (*Istit. pr. de obligationibus III*, 13 - *fr.* 3 *Dig. de oblig. et act. XLIV*, 7 - *cost.* 13 *Cod. de contrah. emt. IV*, 38). Noi preferiamo dare dell' obbligazione una definizione più esplicita, ed insieme più comprensiva, e perciò diremo che l' obbligazione è: un *vincolo di Gius fra due persone determinate, in virtù del quale l' una di queste*, il *Creditore, ha diritto di esigere che l' altra, il Debitore, le dia faccia, o presti qualche cosa*. Più esplicita della testuale ci sembra questa definizione, comecchè esprima chiaramente i tre elementi dell' obbligazione, vale a dire:

a) un *creditore*, che ha diritto di esigere, che altri dia faccia o presti, che ha diritto insomma ad un fatto o servigio utile, e riducibile a contanti.

b) un *debitore*, che ha il dovere giuridico corrispondente, cioè di dare o di fare o di prestare.

c) un *vincolo* di gius, che lega il debitore verso il creditore. Ancora più comprensiva della definizione testuale ci sembra la definizione nostra, perocchè non si limiti alle obbligazioni *civili* (*secundum nostræ civitatis jura*), ma invece le abbracci tutte. L' obbligazione è un *vincolo* di *gius*: dalla medesima nasce dunque, un *dovere giuridico*, bene distinto e diverso dal

dovere morale o etico; nasce un dovere che ha una sanzione giuridica, non puramente morale, del quale può ottenersi l'adempimento mediante coazione. L'obbligazione è un *Vincolo di Gius fra due persone*: essa dunque presuppone duplicità di subjetto: il creditore ed il debitore, il *reus credendi* ed il *reus debendi*, onde una scambievole relazione di credito, e di debito, relazione per un lato *attiva*, *passiva* per l'altro. Questo vincolo di Gius, è fra *due persone determinate*; è un vincolo di gius fra esse due soltanto, che non riguarda altri, che non può farsi valere di fronte a tutti; è *relativo, non assoluto*. Siffatto vincolo si scioglie: *dando, facendo, prestando*, ossia adempiendo il dovere giuridico emergente dall'obbligazione. Tale adempimento cagionando lo scioglimento del vincolo, si dice *Solutio*, perocchè *solvere* indichi adempire, e sciogliere l'obbligazione; così si spiega perchè nella definizione testuale della obbligazione, da noi riferita, trovinsi le parole: *alicujus solvendœ rei*, le quali nella loro generalità esprimono ogni maniera di adempimento. Ma il *solvere* è sempre un *facere* del debitore, *solvere dicimus qui fecit quod facere promisit* (*fr. 176 Dig. de verb. signif. L, 16*) , inteso il verbo *facere* nel suo più esteso significato, nel quale indica tutte le manifestazioni dell'umana attività, in quanto è suscettiva di divenire objetto di un diritto: *verbum facere, omnem omnino faciendi causam complectitur*: *dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi (fr. 218 Dig. verb. signif. L, 16)* . Ciò non pertanto solevano considerare sotto tre forme, tale manifestazione dell'umana attività: *facere, dare*, *prœstare* (*Gajo IV, 2 - II, 215 - III, 181 - IV, 5, 41 - fr. 37 Dig. de oper. libert. XXXVIII, 1 - fr. 5 pr. Dig. de obligat. et act. XLIV, 7*). Intendevano per *dare*, l'obbligo di conseguare una cosa, con l'intenzione di trasferirne la proprietà nell'accipiente (*fr. 75 §. 10 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 105 Dig. eod. - fr. 167 Dig. de reg. juris L, 17*). Per *facere*, l'obbligo di eseguire un fatto utile al creditore, fatto diverso dal *dare*, cioè dal trasferire la proprietà (*fr. 2 Dig. de verb. oblig. XLVI, 1 - fr. 5 §. 1 Dig. eod.*). Nel *facere*, comprendevano ancora il *non facere*, ossia l'astenersi dal fare, e

così tanto un *fatto positivo*, quanto un *fatto negativo*. - ***Præstare*** è anch' esso un *facere*, ma adoperavano questo verbo specialmente per indicare l' obbligo di procuraro al creditore un comodo, od un godimento promesso, non derivante dalla traslazione del dominio, ossia dal *dare* (*fr* 15 §. 1, 2 - *fr.* 19 §. 2 *Dig. locati XIX*, 2), come p. e. il fare godere l' uso di una abitazione in conseguenza di un contratto di locazione e conduzione; ***præstare*** si adopera eziandìo per indicare l' obbligo di indennizzare altri, di un nocumento arrecatogli (*fr.* 5 §. 2 *Dig. commodati XIII*, 6 - *fr.* 1 *Dig. de tut. e rat. distrah. XXVII*, 3 - *fr.* 17 *pr. Dig. de jure dot. XXIII*, 3 - *fr.* 22 *Dig. de regulis juris L*, 17); occorre nel testo la locuzione ***præstare patientiam***, per indicare l' obbligo di tollerare, o di soffrire che altri faccia (*fr.* 22 *Dig. de operis novi nunciatione XXXIX*, 1). Del resto questi verbi, non sono adoperati sempre nel loro significato tecnico, ora dichiarato.

§. 229. La voce *Obligatio*, non è propria del vetusto linguaggio giuridico dei Romani, è voce dell' epoca classica del Diritto, surrogata all' antica parola ***nexus*** o ***nexum***. Ambedue queste voci esprimono la stessa idea; ***nectere*** infatti, suona ***annodare***, e *ob ligare*, suona *legare*; è sempre l' idea della volontà legata, annodata da un vincolo di gius. In molti significati troviamo adoperata la parola *obligatio*; ed invero, oltre ad esprimere ***vinculum juris***, esprime eziandìo:

a) il diritto del creditore nascente dal rapporto obbligatorio (*fr.* 9 §. 3 *Dig. de jurejur XII*, 2 - *fr.* 21 *Dig. de verb. signif. L*, 16 - *cost.* 30 *Cod. de locat. IV*, 65).

b) il correlativo dovere giuridico del debitore (*fr.* 36 *Dig. de reb. cred. XII*, 1 - *fr.* 21 *pr. Dig. de fidejus. XLVI*, 1).

c) il fatto che serve di fondamento al vincolo giuridico, onde anche i contratti si chiamano obbligazioni (*fr.* 19 *Dig. de verb. signif. L*, 16 - *fr.* 1 §. 3 *Dig. de pactis II*, 14 - *fr.* 20 *Dig. de jud. et ubi quisq. V*, 1).

d) il documento, che serve a provare l' esistenza del rapporto obbligatorio (*cost.* 7 *Cod. de non num. pec. IV*, 30).

e) e perfino (l' abbiamo veduto nel trattare del Pegno e

dell' Ipoteca, §. 194. pag. 643) l' oppignoramento di una cosa, la costituzione del diritto di pegno e di ipoteca.

§. 230. La più antica Legislazione di Roma, non riconosceva altre obbligazioni all' infuori di quelle stabilite dalle *persone*, con le *forme* solenni e sacramentali, ed in conseguenza di *fatti* che il Diritto Civile, ammetteva: ma in seguito di tempo i Pretori, mitigando anche in questo la pristina rigidità del Diritto Civile, ammisero altre maniere, ed altre cause di obbligazione, ed accordarono dei mezzi pretorii per farle valere. Gli Imperatori stessi, poi diedero efficacia giuridica ad alcune relazioni obbligatorie, sconosciute dal primitivo Diritto Civile; finalmente alcune Obbligazioni, riconosciute dal Diritto delle Genti, fondate su ragioni di equità naturale, non rimasero prive di qualunque giuridica efficacia, e dalla Giurisprudenza sotto il nome di *Naturales Obbligationes* furono ammesse, se non a produrre tutti gli effetti delle obbligazioni riconosciute dal Diritto Civile o dal Diritto Onorario, pur sempre a produrre effetti di qualche rilievo. Per siffatta ragione, surse la triplice distinzione delle obbligazioni, accennata in qualche luogo del Testo, (*fr.* 1 §. 1 *Dig. de novat. et delegat. XLVI,* 2 - *fr.* 5 *pr. Dig. de pign. et hypoth. XX,* 1), vale a dire di:

a) Obbligazioni Civili (*Civiles*) *b*) Obbligazioni Pretorie od Onorarie (*Prætoriæ sue Honorariæ*) *c*) Obbligazioni Naturali (*Naturales*). Le obbligazioni Pretorie od Onorarie ebbero la la stessa efficacia delle Civili, e ne differirono soltanto nella loro origine istorica, attalchè possiamo con molti odierni scrittori distinguere le obbligazioni, sotto il punto di vista della loro *efficacia*, in:

I.° *Obbligazioni Naturali, e Obbligazioni Civili*.

A) OBBLIGAZIONI NATURALI.

§. 231. L' obbligazione Naturale, è un *vincolo di equità naturale, riconosciuto dal Diritto delle Genti*: *is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus* (*fr.* 84 § 1 *Dig. de reg. juris L,* 17). Questo vincolo, ove non

sia espressamente riprovato dalle Leggi Civili, ha da essere rispettato ed osservato; ma per procurarne quest' osservanza e quel rispetto, non lice invocare l' intervento dell' autorità giudiciaria; essa come istituzione eminentemente civile, fa rispettare soltanto quei vincoli che dal diritto civile derivano, e che sono espressamente riconosciuti da lui; in altri termini, il Creditore non ha *azione* per ottenere dal Debitore l' adempimento della obbligazione. Quindi possiamo dire, che la obbligazione Naturale è un vincolo di equità naturale, rinosciuto dal Diritto delle Genti, ma che *non produce azione*. - Benchè l' obbligazione Naturale non produca, come l' obbligazione Civile una *azione*, ossìa un mezzo di aggressione, e non abbia sanzione diretta, ha efficacia come *eccezione*, come mezzo di difesa, ha una sanzione indiretta (*fr. 7 §. 4 Dig. de pactis II, 14*), attalchè è utile, ogni qualvolta il creditore può fare valere quel vincolo, senza ricorrere direttamente da se all' autorità giudiciaria; di più, può in certi casi produrre altri effetti importanti; vediamoli.

1.° L' adempimento o pagamento (*solutio*) volontario dell' obbligazione naturale, non può essere revocato, vale a dire il debitore naturale, che cedendo agli impulsi della coscienza morale, ha eseguito il pagamento, non è ammesso a ripetere il pagato come se fosse indebito. Se egli intentasse la *condictio indebiti*, verrebbe respinto con una *exceptio doli*, mercè la quale il creditore naturale farebbe valere il suo *jus retentionis*, il suo diritto alla *soluti retentio* (*fr. 17 Dig. de condict. indeb. XII, 6 - fr. 51 e 64 Dig. eod. - fr. 10 Dig. de obbligat. et act. XLIV, 7*). E bene a ragione, avvegnachè sia davvero in dolo chi, con la coscienza di dovere, pagò, e poi pretende ripetere come indebito quello, che per equità era da lui dovuto (*fr. 7 §. 4 Dig. de pactis II, 4 - fr. 64 Dig. de condict. indeb. XII, 6*).

2.° L' obbligazione Naturale può essere opposta in *compensazione* al creditore, che chiede il pagamento del suo credito civile, dalla persona la quale ha un debito naturale, quando

per altro concorrano gli altri requisiti della compensazione, che altrove saranno dichiarati (*fr. 6 Dig. de compensat. XVI, 2*).

(3) L'Obbligazione Naturale può essere trasformata in Obbligazione Civile; in altri termini, il debitore naturale può riconoscere il suo debito in un modo *civile*, e convertire così in Civile, l'obbligazione Naturale: lo chè si opera di ordinario con la *Novatio*, e col *Constitutum* (*fr 1 §. 1 Dig. de Novat. XLVI, 2 - fr. 1 §. 7 Dig. de pecun. constit. XIII, 5*).

(4) Finalmente, l'Obbligazione Naturale può servire di substrato ad un diritto Civile Accessorio, il quale garantisca l'Obbligazione naturale medesima; può a maniera di esempio, servire di base ad una Mallevadorìa, o ad un Pegno (*fr. 16 §. 3 Dig. de fidejus XLVI, 1 - Istit. §. 1 de fidejus III, 20 - fr. 5 pr. fr. 14 Dig. de Pign. XX, 1*). - Ma non qualunque Obbligazione Naturale, produce tutti questi effetti; l'unico effetto che producono tutte, è la *soluti retentio*, attuabile mediante l'*exceptio doli*, eccezione che paralizza la *condictio indebiti.*

§. 232. La *Soluti retentio* essendo l'effetto costante di tutte le Obbligazioni Naturali, vera e propria Obbligazione Naturale non vi è, quando quella *soluti retentio*, non può essere esercitata, ed il debitore può far valere la *condictio indebiti.* Laonde bene a ragione i Giureconsulti Romani, dicevano *ne quidem naturales obligationes*, quelle relazioni obbligatorie, cui le leggi denegarono espressamente giuridica efficacia, riprovando la loro causa, relazioni che i Commentatori chiamano *Obligationes jure civili reprobatæ.* Tali sono esempigrazia, l'obbligazione di pagare un debito di giuoco (*cost. 3 Cod. de aleatoribus III, 43*) delle usure eccessive, ed altre ancora, che possono riscontrarsi nel *fr. 8 pr. Dig. de Transact. II, 15*, e nella *cost. 3 Cod. de pact. pignor. VIII, 35.* - Non sono Obbligazioni *Naturali*, sibbene sono (come dice il Testo) Obbligazioni *inani* ed *inefficaci*, quelle Obbligazioni alle quali *può essere opposta* una *exceptio perpetua*, che opposta ne paralizzi per sempre l'efficacia, come l'*exceptio doli*, l'*exceptio, quod metus causa*, l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* (*fr. 8 Dig. de Condict. ob turpem causam XII, 5 - fr. 21 §. 4 Dig. de fidejus. XLVI, 1 - fr. 95 §. 2 Dig.*

de Solut. XLVI, 3 - *fr. 13 Dig. de jure dotium XXIII*, 3 - *cost. 1 Cod. si adv. cred. præscr. oppon VII*, 36). Non sono queste Obbligazioni naturali, perchè non danno la *soluti retentio*, talchè chi in conseguenza di esse pagò, può ripetere il pagato con la *condictio indebiti (fr. 40 Dig. de cond. XII, 6)*. Di siffatto genere, è la Mallevadorìa delle Donne; la Donna ha l'*exceptio Senatusconsulti Vellejani*, che è una *exceptio perpetua*, per respingere l'azione della persona verso la quale si obbligò come mallevadrice, e di più ha la *condictio indebiti* per ripetere ciò che avesse pagato in quel carattere (*cost. 9 Cod. ad S. C. Vellejan. IV*, 29). L'*exceptio perpetua* paralizzando l'azione, chi la sperimenta si trova, quando quell'eccezione gli sia opposta, nella condizione di chi non ha azione (*fr. 112 Dig. de reg. juris L, 17*), e non può essere detto neppure creditore (*fr. 55 Dig. de verb. signif. L, 16*).

§. 233. Effetto costante dell'Obbligazione naturale, essendo la *soluti retentio*, alcuni Commentatori dissero esistere Obbligazione naturale ancora in alcuni casi, nei quali la *condictio indebiti* non può essere efficacemente sperimentata, sebbene in quei casi vero e proprio rapporto obbligatorio non esista. - La madre per esempio, che pagò una dote alla figlia, credendosi per errore obbligata a dotarla, non è ammessa a ripetere il pagato, *sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa* (*fr. 32 §. 2. Dig. de condict. indeb. XII, 6*); il liberto che ha prestato al patrono delle opere cui per errore si credeva obbligato, non ha mezzo giuridico per ottenerne dal patrono l'equivalente (*fr 26 §. 2 Dig. de condict. indeb. XII, 6*). L'affetto materno, la dovuta gratitudine, impediscono che si ripeta come indebito, ciò che almeno per la morale, indebito non si può dire. - Ma a torto i Commentatori vogliono vedere in questi casi, una Obbligazione Naturale. - Vero è che la *soluti retentio*, è l'effetto costante di ogni obbligazione naturale, e che negli esempj riferiti vi è luogo a tal ritenzione, ma non in tutti i casi nei quali quella *retentio* è lecita, esiste Obbligazione Naturale. Infatti, negli esempj riferiti non vi ha neppure obbligazione naturale, e la *soluti reten-*

tio che la legge ammette in essi, deriva da un dovere etico, che rende immorale la domanda di restituzione.

§. 234. Le Cause per le quali una Obbligazione non è Civile, sibbene Naturale soltanto, sono tre e (si osservi la coincidenza) hanno qualche analogìa con quelle, per le quali il Dominio quiritario non si acquistava, e si aveva invece un Dominio bonitario. - Queste cause sono ·

1.° Le qualità delle persone, fra le quali intercede il rapporto Obbligatorio.

2.° L'indole singolare del fatto Obbligatorio

3.° Il modo col quale fu concluso quel rapporto.

(1) *Qualità delle Persone.*

Il padre ed il figlio di famiglia, essendo quanto ai Diritti Patrimoniali considerati come una sola persona dal Diritto Civile, non è ammessa una Obbligazione Civile fra loro, bensì una Obbligazione *Naturale* soltanto (*fr. 38 §. 1 e 2 Dig. de condict. indeb. II, 16*). Lo stesso ripetesi di due fratelli, sottoposti contemporaneamente alla medesima patria potestà (*fr. 38 pr. Dig. Cod. II, 6*). - Il pupillo, che in generale è incapace di obbligarsi civilmente per convenzione senza l'*auctoritas* del Tutore, in alcuni casi *naturalmente* rimane obbligato. - Il minore di XXV. anni si obbligava *naturalmente*, se concludeva delle Convenzioni, che non fossero civilmente valide, senza il consenso del Curatore. - Lo Schiavo mancando di capacità giuridica, non poteva figurare come tale in obbligazioni civili, tuttavolta poteva divenire creditore del padrone *naturalmente*, se questi l'avesse permesso, e poteva contrarre debiti, o col padrone o con estranei, debiti che valevano del pari solo *naturalmente* (Vedi Libro I. §. 27 lett. a. pag. 179 - Savigny Sist. di D. Rom. Append. IV.)

(2) *Indole singolare del fatto Obbligatorio.*

La legge *in odium Creditoris*, dà contro chi prestò a mutuo del danaro ad un figlio di famiglia, una *exceptio Senatus-*

consulti Macedoniani, che lascia intatto il vincolo naturale (*naturalis obligatio tantum*), ma paralizza l'azione civile. Il creditore è dunque, nella condizione stessa di un Creditore naturale (*fr. 9 §. 4, 5 - fr. 10 §. 13 Dig. de Senatusconsulto Macedoniano XIV, 6*).

(3) *Modo di conclusione.*

Per l'efficacia civile delle Obbligazioni, il Diritto Romano richiedeva che fossero concluse con certe forme, senza le quali esse avrebbero potuto avere efficacia secondo il Diritto delle Genti, non secondo il Diritto Civile. Dagli Scrittori odierni l'insieme di quelle forme (alcune delle quali erano essenziali in qualunque contratto, altre si aggiungevano specialmente ad un contratto particolare), si chiama *Causa Civilis*, titolo ricavato dal *fr. 49 §. 2 Dig. de Peculio* (*XV, 1*). L'Obbligazione cui mancasse la *causa civilis*, cui nè il Pretore nè le Costituzioni Imperiali avessero attribuito, come mezzo per farla valere, un'azione, avrebbe prodotto tutti gli effetti che abbiamo enumerato quali effetti di una Obbligazione Naturale (Vedi sopra §. 231 pag. 9), ma non già una Azione. Dicevasi *Pactio*, *Pactum*, *nudum Pactum* (*fr. 7 §. 4 e §. 7 Dig. de Pactis II, 14*), in contrapposto a *Contractus*, che era l'Obbligazione la quale avendo *causa civilis* produceva azione. Ma di ciò, più diffusamente in seguito.

B) Obbligazioni Civili.

§. 235. Obbligazione Civile è quella, che si fonda sul Diritto Civile o che, sebbene proveniente dal Diritto delle Genti, è stata riconosciuta dal Diritto Civile, obbligazione dalla quale nasce sempre una Azione (*Istit. pr. de Obligat. III, 13*). Dicemmo poco sopra, che le Obbligazioni Civili, secondo che ripetevano la loro origine o dal Diritto Civile propriamente detto, o dal Diritto Onorario, si suddividevano in *Obligationes Civiles* nel senso più limitato dell'espressione, ed in *Obligationes Honorariæ, seu Prætoriæ* (*Istit. §. 1 de Obligat. III, 13 - fr. 52 pr. §. 6*

Dig. de Obligat. et Act. XLIV, 7); Or bene, le *Obligationes Civiles*, nel significato più limitato dell'espressione, si suddistinguevano in:

a) *Obligationes Legibus constitutæ*,
b) *Obligationes Jure Civili comprobatæ*.

(a) Obligationes legibus constitutæ,

ossia Obbligazioni assolutamente estranee al Diritto delle Genti, che si fondavano sul preciso disposto del Diritto Romano (*Istit. pr. §. 1 de obligat. III, 13*). Fra queste venivano specialmente le *Obligationes stricti juris*, delle quali dovremo trattare in seguito. Queste Obbligazioni non erano valide di fronte al Diritto delle Genti, ma dal Diritto Civile avevano un azione: erano *obligationes mere civiles*. Tuttavolta, nei casi in cui sembravano enormi, ed assolutamente inique (*si iniquum foret reum condemnari*), il Pretore accordava al Debitore una eccezione perpetua (*perpetua exceptio*), che paralizzava l'azione. e la faceva mancare di qualsiasi efficacia. Per esempio: secondo i principj rigorosi del Diritto Civile Romano, tuttociò che con forme legali era stato promesso, sebbene promesso sotto l'impressione di un costringimento psicologico, per timore insomma, doveva essere pagato, avvegnachè secondo i principj della Stoica filosofia, *coacta voluntas, est voluntas* (*fr. 21 §. 5 Dig. quod metus causa IV, 2*), ma al Pretore sembrando iniquo che in tali emergenze l'obbligazione sortisse effetto, dava al debitore una *exceptio perpetua* (nel caso esemplificato, l'*exceptio quod metus causa*), che paralizzando l'azione rendeva, come sopra abbiamo detto (§. 232 pag. 8), inane ed inefficace l'obbligazione, *inanis, inefficax* (*Gajo IV, 116, 117 - 5 de Exceptionibus IV, 13*).

(b) Obligationes jure civili comprobatæ,

vale a dire quelle Obbligazioni, che avevano il loro fondamento nella ragione naturale, e che dal Diritto delle Genti erano passate nel Diritto Civile Romano, il quale le aveva riconosciute

e rivestite di una azione per farle valere. - Le Obbligazioni di questa categorìa, da alcuni Commentatori sono chiamate *Obligationes Mixtæ*, perchè ambedue i Diritti, il Civile e quello delle Genti, concorrono a dare loro efficacia. A questa categorìa di Obbligazioni appartengono i Contratti Reali ed i Consensuali, cioè quelle Obbligazioni che si contraggono *re*, o *consensu*, ed i Patti che si dicono *Legittimi*.

§. 236. Considerate per riguardo:

II. alla loro *Sussistenza*, le Obbligazioni si distinguono: in *Principali* ed *Accessorie*.

a) Obbligazioni *Principali*, sono quelle che sussistono di per se, che hanno in se sole la loro ragione di essere.

b) Obbligazioni *Accessorie*, sono quelle che non possono sussistere di per se, che ne presuppongono altre, cui aderiscono e sono relative (*fr. 95 §. 3 Dig. de Solut. XLIV, 3 - fr. 26 pr. Cod. de Usuris IV, 32*).

§. 237. Considerate per riguardo:

III. all' *Objetto* loro, le Obbligazioni si distinguono:

a) In Obbligazioni *Determinate e Indeterminate.*

b) *Pro Rata, in Solidum.*

c) *Divisibili*, e *Indivisibili.*

§. 238. (*a*) *Determinate*, sono quelle in cui il *quid*, il *quale* il *quantum* della prestazione che ne è objetto, è stato direttamente ed assolutamente determinato. *Indeterminate*, se invece è determinato relativamente, ed abbisogna di una più speciale ricerca (*fr. 53, fr. 74 e 75 Dig. de Verb. oblig. XLV, 1*). Fra le Obbligazioni determinate, vengono le *Obligationes certi*, che hanno per oggetto la prestazione di una determinata somma di danaro (*Istit. pr. de verb. oblig. III, 15 - fr. 6 e 9 Dig. de reb. cred. XII, 1 - fr. 1 Dig. de condict. tritic. XIII, 3.*), e fra le indeterminate vengono le *Alternative* e le *Facoltative*. - Quando il debitore è obbligato a pagare *più cose, tutte ugualmente dovute*, l'obbligazione è *Cumulativa*; ma se invece è obbligato a pagare *una di più cose*, la obbligazione è *Alternativa*. - Nelle Obbligazioni *Alternative* la scelta (se non è stato espressamente pattuito il contrario) appartiene al Debitore (*fr.*

25 *pr. fr. 34 § 6 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - fr. 10 §. 6 Dig. de jure dot. XXIII, 3*) : ed a ragione, perchè l'obbligazione essendo un vincolo alla libertà, si deve favorire la liberazione, lo che appunto si consegue accordando al Debitore la scelta. Operata la scelta, non havvi più luogo a pentimento (*fr. 112 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*). Se una delle cose alternativamente promesse, perisse per *colpa del Debitore*, egli dovrebbe necessariamente dar l'altra, quando a lui fosse spettata la scelta (*fr. 95 §. 1 Dig. de Solut. XLVI, 3*); ma se tale scelta fosse appartenuta al Creditore, questi potrebbe esigere o la cosa che restò, o la stima di quella che perì (*fr. 55 Dig. ad legem Aquil. IX, 2*). Qualora una delle cose alternativamente promesse, perisse per colpa del Creditore, il Debitore è liberato se la scelta spettava al Creditore (*fr. 105 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 95 pr. Dig. de Solut. XLVI, 3*); e se la scelta spettava al Debitore, questi può tenersi per liberato, oppure può dare la cosa che rimane, e chiedere la stima di quella che perì per colpa del Creditore (*fr. 105 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 55 Dig. ad leg. Aquil. IX, 2*). - Sarebbe un errore confondere le Obbligazioni *Alternative*, di cui ora abbiamo parlato, con le Obbligazioni *Facoltative*. - In quest'ultime il Debitore ha il Diritto di sostituire, nel momento in cui eseguisce la Obbligazione, una altra cosa a quella promessa, sebbene una sola sia la cosa che deve essere data. Perita per caso fortuito la cosa, che il Debitore si è obbligato a dare, egli è liberato, perchè la facoltà riserbatasi di consegnare altra cosa, in luogo di quella promessa, non l'obbliga a sostituire alla cosa perita, un altra; sostituire è per lui una facoltà, un vantaggio, che non può convertirsi in un onere, in un obbligo.

§. 239. (*b*) *Obbligazioni pro Rata.* Ogni Obbligazione suppone necessariamente un Debitore ed un Creditore, ma possono esistere insieme più debitori o più creditori della stessa prestazione. - Per regola ognuno fra questi più Debitori e Creditori, è tale per una quota virile, vale a dire se sono tre, ognuno è debitore o creditore per un terzo, se quattro per un quarto, e così va discorrendo (*fr. 11 §. 1, 2 Dig. de duob. reis XLV,*

2 - cost. 5 Cod. si certum petat. IV, 2 - fr. 40 §. 2, 3 Dig. de damno inf. XXXIX, 2 - fr. 43 Dig. de re judic. XLII, 1 - Nov. 115 cap. 6 e auth. Si quando Cod. de constit. pecun. IV, 18). Quest'Obbligazione dicesi *Pro Rata*, o *in partem*. Talvolta ognuno dei più Creditori può esigere la totalità del debito, (*il solidum*) oppure ognuno dei più Debitori può essere obbligato a pagare la totalità del debito, (il *solidum*) in maniera per altro, che il Debito non possa essere esatto più di una volta. - Allora dicesi, che vi è Obbligazione in *Solidum* o *Solidale*. - In Diritto Romano si distinguono due specie di Obbligazioni *Solidali*: (α) le *Correali* (β) le *Solidali propriamente dette*.

(α) L'Obbligazione *Correale* consta di un solo vincolo di Gius, benchè più sieno le persone od i subjetti, che o come debitori o come creditori vi compariscono; *plures personæ, una obligatio*, tale è il suo carattere distintivo; objettivamente è una sola obbligazione, sebbene più ne sieno i subjetti: è dunque objettivamente semplice, subjettivamente moltiplice (*Istit. §. 1 de duob. reis stipulandi III, 16 - fr. 116 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 3 § 1 Dig. de duob. reis. const. XLV, 2 - fr. 16 Dig. de accept. XLVI, 4*). Le voci *Correale*, *Correalità* derivano da *Correus*. - Chi interveniva in un contratto dicevasi *reus*; *reus stipulandi*, se vi interveniva come Creditore; *reus promittendi* se come debitore; quando più vi intervenivano con la stessa veste, si diceva *duo vel plures rei promittendi, vel credendi*, ed Ulpiano per esprimere più brevemente questa idea, adoperò la voce *correi* (*fr. 3 §. 3 Dig. de liberat. leg. XXXIV, 3*), onde dagli Interpreti furono poi adoperate le locuzioni *correi promittendi* per esprimere la correalità *passiva*, vale a dire di *debito*, e *correi stipulandi* per esprimere la correalità *attiva*, vale a dire di *credito*. L'Obbligazione correale, essendo objettivamente *una*, qualunque fatto che risguardi l'essenza objettiva della medesima, sebbene emani da un solo degli interessati, ha effetto anche per gli altri. Per conseguenza, tutti i fatti che distruggono l'essenza objettiva dell'obbligazione, come il pagamento, la compensazione, la novazione ec. sebbene relativi ad un solo dei correi, distruggono l'obbligazione per tutti. Lo stesso non potrebbe dirsi, di quei fatti relativi alla persona di uno dei

correi; tutto ciò che attiene ai rapporti subjettivi di un correo, si limita a lui solo, come la *capitis diminutio*, la *in integrum restitutio etc.* Questi fatti non hanno nessun effetto per riguardo agli altri correi, perchè non si riferiscono all' essenza objettiva dell' obbligazione. L'obbligazione correale essendo *una* objettivamente, è anche *pariforme* per tutti i subjetti che vi figurano, deve essere cioè per tutti una obbligazione *uguale*, avvegnachè la disuguaglianza escluderebbe l'unità (*fr. 9 § 1, 2 Dig. de duob. reis XLV, 2*). Si osservi per altro, che con questo non intendiamo dire, che sia impossibile qualsiasi minima differenza nell'obbligazione dei correi, anzi il credito o il debito di uno, può avere un termine lungo, può essere condizionale, mentre il debito od il credito dell'altro, può avere un termine più breve ed essere puro (*fr. 7 Dig. de duob. reis XLV, 2*), il debito dell'uno può essere principale, il debito dell'altro accessorio. La *Correalità* deriva da disposto di Legge, o dall'indivisibilità assoluta dell'objetto, la quale produce l'unità dell'obbligazione, o dalla volontà del testatore, o finalmente dalla convenzione (*cost. 3 Cod. de fidejus. VIII, 41 - fr. 9 Dig. de Pactis II, 14 - fr. 17 Dig. de Servit. cit. VIII. 1 - fr. 72 Dig. de verb. oblig. XLV, 1, fr. 9 Dig. pr. de duob. reis XLV, 2 - Nov. 99 cap. I.*).

(β) L'obbligazione *Solidale propriamente detta*, presuppone più persone, che debbano tutte prestare la stessa cosa in intiero, ma in forza di tanti vincoli di Gius quante sono alle persone, vincoli di Gius i quali sebbene sieno più, nascono tutti dal medesimo fatto obbligatorio. Esistono tante obbligazioni objettive, quante sono le persone, sebbene queste obbligazioni abbiano il medesimo oggetto, il medesimo scopo. Objettivamente esistono più obbligazioni, ma siccome hanno uno stesso scopo si considerano come una sola; queste più obbligazioni objettive, sono *alternative*, per l'estinzione di una di esse, le altre pure si estinguono; così pagato il Creditore da uno dei Debitori solidali, tutti gli altri sono liberati, avvegnachè l'equità non permetta che il Creditore pagato che sia una volta da uno dei Debitori, possa farsi pagare una seconda, una terza, od un maggior numero di volte dagli altri. - Qualunque fatto diverso dal paga-

mento del Creditore, che estinguesse l'una di queste più obbligazioni, non estinguerebbe le altre. Le Obbligazioni Correali e le Obbligazioni Solidali, hanno dunque di comune, soltanto la circostanza di constare di un unico soggetto, onde un solo pagamento è dovuto; e che ognuno di questi debitori che vi figurano, può essere costretto a pagare l'intiero, ed ognuno dei più creditori può esigere l'intiero. Il Debitore *Correale*, che paga l'intiero, paga il proprio debito: laonde non può ripetere nulla dagli altri, se non si fa cedere le azioni dal creditore, prima di pagarlo. Il *Debitore* solidale che paga l'intiero, estinguendo oltre la propria obbligazione, eziandìo quella degli altri, ha diritto di intentare contro i suoi compagni di debito l'*actio negotiorum gestorum*, per farli contribuire al pagamento, e così per rimborsarsi di ciò che è venuto a pagare anche per essi (*fr. 1 § 13, 14 Dig. de tut. et rat. XXVII, 3 - fr. 4 Dig. de his. qui effud. IX, 3*).

§. 240. (c) Obbligazioni *Divisibili* sono quelle, che possono essere adempiute con prestazioni parziali, fatte a ciascuno dei più concreditori, o da ciascuno dei più condebitori. - *Indivisibili* sono quelle, in cui questa prestazione parziale non è ammessa. - Si avverta, che quando in un rapporto obbligatorio esistono un solo creditore ed un solo debitore, il creditore non ha l'obbligo di ricevere delle prestazioni parziali; l'adempimento parziale dell'obbligazione può essere da lui rifiutato, egli ha diritto di esigere un adempimento integrale. Esiste dunque, sempre indivisibilità fra un solo Creditore ed un solo Debitore; la differenza fra divisibilità, e indivisibilità si rivela soltanto, quando esistono più concreditori, o più condebitori.

PARTE II.

Effetti dell' Obbligazione

CAPITOLO I

Dell' Esecuzione dell' Obbligazione.

§. 241. Il Debitore deve eseguire quello a cui si è obbligato; deve dunque: *dare, facere, præstare.* - L'esecuzione dell'obbligazione, può venire considerata sotto tre punti di vista: 1.° *Dell' Objetto* della Prestazione, 2.° Del *Tempo* in cui la Prestazione deve essere fatta, 3.° del *Luogo.*

1.° *Dell' Objetto.*

§. 242. Il debitore deve *dare, facere, præstare* esattamente e precisamente quello che ha promesso: il Creditore non è obbligato ad accettare un *altra prestazione*, nè una prestazione *parziale* od *incompleta* (*fr. 4* §. *1 Dig. de Usuris XXII*, *1* - *fr. 2* §. *1 Dig. de reb.cred. XII*, *1*). Siffatta regola subisce due limitazioni:

a) Per la *Novella 4. cap. 3.* di Giustiniano, il Debitore che è nell'impossibilità di pagare un Debito in contanti, e che ha degli immobili, può darli in pagamento dietro stima giudiciale dei medesimi (*in solutum dare*).

b) Alcune persone godono del privilegio di non essere condannate all'esecuzione di una obbligazione, se non in quanto possono sodisfarvi, senza rimanere prive del necessario al loro sostentamento, *Condemnatio in id quod facere potest debitor* (*fr. 173 pr. Dig. de reg. juris L, 17*). Questo privilegio, dai Commentatori chiamato *Beneficium Competentiæ*, è strettamente personale, talchè non passa neppure agli eredi di chi ne gode (*fr. 12 Dig. sol. matrim. XXIV*, *3* - *fr. 23 e 25 Dig. de re judic. XLII*, *1* - *fr. 63* §. *1, 2 Dig. pro socio XVII*, *2*); non ne gode chi fu in cattiva fede nel contrarre debiti (*fr. 4* §. *1, 2, fr. 6 Dig. quod cum eo XIV*, *5* - *fr. 22* §. *1*, *fr. 51 e 52 Dig. de re judic. XLII*, *1*). - Spetta al padre, ai fratelli,

alle sorelle del creditore (*fr. 16 in f., fr. 30 in f. Dig. de re judic. XLII, 1*), ai conjugi fra loro, al suocero di fronte al genero per le obbligazioni dotali (*Istit. §. 37 de act. IV, 6 - fr. 17, 20, 21, 22 Dig. de re jud. XLII, 1 - fr. 15 §. 2, fr. 16 e 17 pr. Dig. de sol matrim. XXIV, 3*), ai Socj fra loro (*fr. 63 pr. Dig. pro Socio XVII, 2*), al Donante verso il Donatario (*fr. 19 §. 1 Dig. de re judic. XLII, 1*), al debitore insolvente di buona fede, che ha fatto la cessione dei suoi beni (*fr. 4 e 6 Dig. de cess. bon. XLII, 3 - cost. 3 Cod. de bonis auct. jud. possid. VII, 72*), e finalmente ai militari (*fr. 6 e 18 Dig. de re judic. XLII, 1*). - Il *beneficium competentiœ* non ha per effetto di estinguere il Debito, sibbene di limitare il diritto del creditore, di esigerne il pagamento, dentro le forze del patrimonio. del debitore, dedotto dal medesimo quanto è necessario assolutamente per lui, *deducto ne egeat.*

2.° *Del Tempo.*

§. 243. Il Creditore può esigere subito, l'adempimento di una Obbligazione contratta senza apposizione di termine (*Istit. §. 2 de verb. oblig. III, 15 - fr. 41 §. 1 Dig de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 14 Dig. de regulis juris L, 17*), ma se è contratta *a termine*, non può esigere quell'adempimento prima dello spirare del termine (*fr. 42, fr. 72, §. 1, fr. 99 §. 1, fr. 118 §. 1 fr. 124, fr. 135, fr 138 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - Istit. §. 26 de inutil. stip. III, 19*). Il termine può essere esplicitamente apposto, e può resultare eziandìo dalla natura del fatto che è objetto della Obbligazione, o dalla situazione del luogo, nel quale quel fatto deve essere eseguito. - Se taluno si è obbligato a fare avere ad un altro a Cartagine una somma di danaro, che ha in Roma (come esemplificano le Istituzioni Imperiali nel §. *5 de verb. obligat. III, 15*), comunque possa parere che abbia contratto una obbligazione pura: di fatto implicitamente vi ha apposto un termine, *tamen re ipsa habet tempus injectum,* quello cioè necessario al trasporto del danaro, dal luogo della promessa, a Cartagine. E se talaltro, come è detto nel *fr. 37 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*, si è obbligato a costruire un edifizio, implicitamente ha apposto il termine o tempo

necessario ad eseguire quell'opera, tenuto conto anche della stagione in cui fu fatta la promessa, della stagione, e del luogo in cui deve essere adempita. - Il termine non sospende l'efficacia dell'obbligazione, ne ritarda soltanto la esecuzione. - Laonde, mentre il Creditore non può esigere prima del decorrere del termine la prestazione promessa, se il Debitore la presta prima della scadenza, questi non può ripetere ciò che ha prestato, perchè effettivamente *doveva*: e non può sostenere di aver pagato l'indebito (*fr. 10 Dig. de condict. indeb. XII, 6*). - Finchè il termine non è tutto decorso, il debito non è esigibile; promesso di pagare una somma nel termine di un anno, o di un mese, non può il debitore essere obbligato a pagarla, se non quando è decorso l'ultimo giorno dell'anno o del mese, perchè l'ultimo giorno fa parte del termine (*fr. 42 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*). Il termine presumendosi apposto in favore del debitore (*fr. 17 Dig. de regulis juris L, 17*), egli vi può rinunziare, e costringere il Debitore a ricevere il pagamento prima della scadenza (*fr. 41 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 70 Dig. de Solut. XLVI, 3 - fr. 17 Dig. de regul. juris L, 17*). Ciò non gli sarebbe lecito ove resultasse, che il termine fosse stato apposto a vantaggio del creditore (*fr. 122 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 15 Dig. de ann. legat. XXXIII, 1*).

3.° *Del Luogo.*

§. 244. Fissato il luogo dell'esecuzione dell'Obbligazione, deve essere eseguita in quello; ma se sono due i luoghi indicati per quell'esecuzione, bisogna distinguere: o quei luoghi sono ricordati con una particella congiuntiva (p. e. *ad Efeso, ed a Capua*), e la prestazione deve essere fatta metà in uno di quei luoghi, metà nell'altro (*fr. 2 §. 4 Dig. de eo quod certo loco XIII, 4*), o sono indicati con una particella disgiuntiva (p. e. ad *Efeso, od a Capua*), e la prestazione deve essere fatta in un luogo solo, a scelta del debitore; esso perderebbe tal diritto di scelta mediante la mora (*fr. 2 §. 3 Dig. de eo quod certo loco XIII, 4*). - Qualora il luogo non fosse stato fissato, varrebbero queste regole:

a) L'indeterminazione assoluta del luogo, come quella che

aprirebbe troppo largo adito all'arbitrio, rende l'obbligazione nulla, come se taluno si fosse obbligato in genere a costruire una casa, senza indicare neppure implicitamente *dove* (*fr. 2 §. 5 Dig. quod certo loco XIII, 4*); ma se talaltro si fosse obbligato a prestare personalmente alcuni servigj determinati, al Creditore sarebbe lecito scegliere il luogo dei medesimi; se non che le spese di trasporto, necessarie a quella esecuzione, sarebbero, a suo carico (*fr. 21 Dig. de operis libert. XXXVIII, 1*).

b) Trattandosi dell'obbligo di *consegnare* o di *restituire* una *species*, deve essere consegnata nel *luogo dove si trova, senza dolo del Debitore* (*fr. 12 §. 1 Dig. Depositi XVI, 3 - fr. 10 11, 12 Dig. de rei vindic. VI, 1*).

c) Trattandosi dell'obbligo di consegnare una *cosa fungibile*, è nel *luogo della promessa* che ha da essere consegnata, quando le circostanze non coartassero a ritenere diversamente (*fr. 2 §. 4 fr. 19 §. 1, 2, 4, fr. 20 Dig. de judic. V, 1 - cost. 2 Cod. de jurisdict. III, 13*).

CAPITOLO II.

Dell' inesecuzione dell' Obbligazione.

§. 245. Il Diritto di domandare l'esecuzione di un'obbligazione, fa parte del patrimonio del creditore; la mancanza di quell'esecuzione si risolve in una perdita, od in una diminuzione di quel patrimonio: in altri termini, in un *danno*. Infatti danno è: qualunque diminuzione del patrimonio, che taluno ha provato, *damnum factum, s. datum*, o che ha da temere, *damnum infectum, metuendum* (*fr. 5 §. 5 Dig. de his qui effud.* XIX, 3 - *fr. 2,* 3 *Dig. de damno infecto* XXXIX, 2). Il danno è *positivo* o *emergente*, se effettivamente diminuisce il patrimonio (*fr. 3 Dig. damno infecto* XXXIX, 2), è *negativo* o *lucro cessante*, se impedisce il suo aumento (*fr. 2 §. 11 Dig. ne quid in loco publ.* XLIII, *8 - cost. un Cod. de sent. quæ pro eo VII, 47*). L'obbligazione di riparare il danno, dicesi *præstatio damni*.

§. 246. Cause possibili dell'inesecuzione di una obbligazione, sono: 1.° Il caso 2.° Il dolo 3.° La colpa.

1.° *Il Caso*

Il caso, che i Romani dicono *vis major*, *vis divina*, *fatum*, *fatalitas*, è: qualunque *avvenimento*, che non si *poteva prevedere*, *o che preveduto non si poteva evitare* (*fr.* 5 §. 4 *Dig. commodati* XIII, 6 - *cost.* 6 *Cod. de pignorat. act. IV*, 24). Nessuno è responsabile dell' inadempimento di una obbligazione, se questo dipese dal caso (*fr.* 22 *Dig. de reg. juris L*, 17 - *fr.* 25 *e* 37 *Dig. de verb. oblig. XLV*, 1). E ciò è vero, tanto nelle obbligazioni in cui ambedue le parti debbono prestarsi qualche cosa, ossia nelle obbligazioni *bilaterali*, quanto nelle obbligazioni in cui una sola parte deve prestare, ossia nelle *unilaterali* (*Istit.* § 3 *de emt. et vend. III*, 23). Il Debitore può tuttavolta essere responsabile del danno, che è avvenuto per caso fortuito, quando il danno non si sarebbe verificato senza il dolo o la colpa antecedenti del debitore stesso, ossia quando il casus è *culpa* o *dolo determinatus* (*fr.* 18 *pr. Dig. commodati* XIII, 6 - *fr.* 11 §. 1 *Dig. locati* XIX, 2 - *fr.* 36 §. 1 *in f. Dig. de rei vindic. VI*, 1 - *fr.* 1 §. 4 *Dig. de oblig. XLIV*, 7). In conseguenza di questo principio, il debitore in *mora* di restituire o di dare, è per ordinario responsabile del danno, avvenuto per caso fortuito, a carico della cosa (*fr.* 23 *fr.* 49 *Dig. de verb. oblig.* XLV, 1). Le enunciate regole procedono in mancanza di speciali convenzioni, o del preciso disposto di legge in contrario. Quindi è, che se il Debitore volontariamente ed espressamente ha assunto la responsabilità del danno proveniente da caso fortuito, ne subisce le conseguenze (*fr*; 1 §. 35 *Dig. depositi XVI*, 3 - *fr.* 39 *Dig. mandati XVII*, 1 - *fr.* 9 §. 2, *fr.* 30 §. 4 *Dig. locati XIX*, 2). Vedremo in seguito, che il proprietario, di un animale, è responsabile del danno cagionato da quello, comunque quel danno (*pauperies*) possa di fronte al proprietario essere indipendente dalla di lui malvagia volontà o negligenza, ed essere effettivamente casuale.

2.° *Il Dolo*.

§. 247. Dolo, (*Dolus*) è. *la prava e positiva intenzione di*

nuocere altrui. È in dolo dunque, chi con coscienza e volontà di nuocere (*mala fide*) arreca un nocumento. Affinchè possa taluno essere responsabile di danno doloso, fa di mestieri

a) che il danno cagionato sia conseguenza *diretta* dell'operato suo.

b) che egli abbia avuto l'intenzione di danneggiare. Quest' intenzione può essere manifestata, così per via di omissioni, come di commissioni (*fr.* 8 §. *9 Dig. mandati XVII*, 1 - *fr. 44 Dig. eod.*). L'agente doloso deve sempre risarcire il danno arrecato (*fr. 134* §. *1 Dig. de reg. juris L, 17* - *fr.* 18 §. *3 Dig. de donat.* XXXIX, *5*); la convenzione con la quale si fosse preventivamente pattuito *ne dolus prœstetur*, sarebbe come immorale, radicalmente nulla (*fr. 23 Dig. de reg. juris L, 17* - *fr. 17 pr. Dig. commodati XIII, 6* - *fr. 1* §. *7 Dig. depositi XVI, 3*); ma è lecito al danneggiato rinunziare al diritto di essere risarcito del danno dolosamente arrecatogli, qualora tal renunzia sia posteriore alla verificazione del danno (*fr 62* §. *4 Dig. de pactis II, 14 - cost. 34 Cod. de transact. II, 4*).

3.° *Della Colpa*.

§. 248. Colpa (*Culpa*) è un *imprevidenza, che potevasi e dovevasi evitare, degli effetti dannosi di un atto, che non era preordinato a produrli*. È dunque una inavvertenza, una negligenza, un imperizia od imprudenza, non mai una malvagia volontà. Essa pure si può manifestare tanto mediante omissioni, quanto mediante commissioni: ma d'ordinario più presto per quelle che per queste. *Negligentia* è sinonimo di *Culpa*; loro contrapposto è *Diligentia*. Il Debitore deve adoperare nell'adempimento delle sue obbligazioni la *Diligentia boni patris familias*, cioè quell'accuratezza propria di un uomo solerte e premuroso, sotto pena di cadere in colpa (*fr. 25 pr. Dig. de probat.* XXII, 3). La *Diligentia* prende il nome di *Custodia*, quando il debitore ha l'obbligo speciale nel custodire e conservare la cosa, di impedire che la medesima sia rubata od usucapita (*Istit.* §. 18 *de oblig. quœ ex delicto IV*, 1 e §. *3 de empt. et vendit. III*, 13). Attalchè chi deve la *Custodia*, si presume essere in *Culpa*, qualora la cosa gli venga rubata, presunzione che per altro, cederebbe ad una prova in contrario; questa prova il debitore non è nella necessità

di fornire, se la cosa gli fu rubata mediante un furto violento (*fr. 10 §. 1 Dig. commodati XIII, 6 - fr. 52 §. 3 Dig. pro Socio XVII, 2 - fr. 31 Dig. de act. emti vend. XIX, 1 - fr. 12, fr. 14 §. 6 Dig de furtis XLVII, 2*). La colpa assume un carattere speciale di gravità:

a) se il debitore trascura le precauzioni più comuni, ed omette di fare quello che ognuno farebbe per impedire il danneggiamento della cosa, se non intende, nè prevede ciò che tutti intendono e prevedono; *non intelligere quod omnes intelligunt - nimia negligentia* (*fr. 213 §. 2 - fr. 223 Dig. de verb. signif. L, 16*).

b) se il debitore, essendo incaricato di amministrare gli affari altrui, adopera in quella amministrazione minore accuratezza che nei proprj (*fr. 32 Dig. Depositi XVI, 3 - fr. 22 §. 3 Dig. ad S. C. Trebell. XXXVI, 1*). - Quando una di queste due circostanze aggravanti si verifica, si dice che nel debitore esiste *Culpa lata*, alla quale si contrappone la *Culpa levis*, la quale ultima si verifica in tutti gli altri casi di trascuranza o di negligenza, non aggravate dalle due circostanze ora menzionate. Sebbene in realtà due gradi soltanto sieno da distinguersi nella *Culpa* (*Culpa lata - Culpa levis*), i Commentatori del decorso secolo ne distinguevano tre, aggiungendo un terzo grado, quello della *Culpa levissima*. Noi, coi più recenti espositori del Diritto Romano, rifiutiamo questo terzo grado di *culpa*, perchè ci sembra che non sia fondato su disposizioni testuali, e perchè contrario ai principj di ragione. E valga il vero, questa qualifica di *levissima* alla *culpa*, occorre una volta sola nelle nostre fonti, cioè nel *fr. 44 Dig. ad legem Aquiliam (IX, 2)*, ed in questo frammento è un modo enfatico di dire, non è espressione tecnica: inoltre in questo luogo non si tratta di danno resultante dall' inesecuzione di una obbligazione, ma di quello resultante dal fatto di persona, che non era in nessun rapporto obbligatorio col danneggiato; ed allora è giusto, che ogni colpa più leggiera faccia responsabile di danno. E questo appunto volle esprimere il Giureconsulto Marciano in quel frammento, dicendo: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. Aggiungasi, che nelle nostre fonti si trova sempre l' espressione *culpa levis*,

quando si vuole indicare un grado intermedio fra la *Culpa lata* ed il *Casus*, e così si viene implicitamente ad escludere una *culpa levissima* (*fr.* 32 *Dig. de negot. gest. III*, 5 - *fr.* 30 *Dig. de pign. act. XIII*, 7 - *fr.* 52 §. 5 *Dig. pro socio XVII*, 2 - *fr.* 2 §. 1 *Dig. de peric. et commod. rei vend. XVIII*, 6 - *cost.* 13 *mandati IV*, 35). Se poi troviamo talvolta la locuzione *exactissima diligentia*, essa è adoperata in casi nei quali è fuori di questione, che il suo contrapposto secondo i principj giuridici deve essere *culpa levis*, come p. e trattandosi della responsabilità del commodatario, del venditore, del creditore pignoratizio, del *negotiorum gestor* (*fr.* 1 §. 4 *Dig. de oblig. et act. XLIV*, 7 - *fr.* 5 §. 2, 15 - *fr.* 18 *Dig. commodati XIII*, 6 - *fr.* 3 *Dig. de peric. et commod. XVIII*, 6 - *fr.* 13 §. 1 *Dig. de pign. act. XIII*, 7 - *Istit.* §. 1 *de obligat. quæ quasi ex contractu III*, 27 - *cost.* 20 *Cod. de negot. gest. II*, 19). Ma prescindendo da questi argomenti dedotti dalle espressioni testuali, si rifletta che la *Culpa levis* essendo la mancanza della diligenza propria di un padre di famiglia straordinariamente diligente, ed accurato, la legge non potrebbe con giustizia esigere da tutti, tale straordinaria diligenza ed accuratezza, come quella che deriva da doti naturali rarissime, e che non si trovano nel comune degli uomini. La diligenza, che generalmente si esige dal Debitore è *astratta*, perchè si esige da lui la diligenza di un diligente padre di famiglia, *diligentia boni patris familias,* si vuole che si conduca *ad eum modum*, *quem hominum natura desiderat* (*fr.* 32 *Dig. Depositi XVI*, 3): ciò non pertanto in alcune obbligazioni la legge si contenta dell'accuratezza che il Debitore adopera o suole adoperare nei proprj affari, *diligentiam qualem in suis rebus adhibere solet* (*Istit.* §. *fin. de Obligat. quæ quasi ex contr. III*, 27 - *fr.* 72 *Dig. pro Socio XVII*, 2 - *fr.* 3 *Dig. de peric. et comm. XVIII*, 6); allora la misura della Diligenza richiesta non è, come nel caso antecedente *astratta*, sibbene *concreta*; onde gli espositori odierni del Diritto Romano, dedussero la distinzione fra *colpa in astratto e colpa in concreto*. Il Debitore è sempre responsabile del danno derivante da *Culpa lata* (*fr.* 32 *Dig. Depositi XVI*, 3 - *fr.* 8 §. 3 *Dig. de Precario XLIII*, 26); essa è parificata agli

effetti civili al Dolo: *Lata Culpa plane dolo comparabitur (fr. 1 §. 1 Dig. si mensor falsum modum dixerit. XI, 6 - fr 29 pr. Dig. Mandati XVII, 1 - fr. 7 §. 1 Dig. de suspect. tut. XXVI, 10 - fr. 15 Dig. uti in poss. legat. XXVI, 4, fr. 1 §. 5 Dig. de obligat. et act. XLI, 7 - fr. 1 §. 2 Dig. si quis in testam. XLVII, 4)*. Questa è la ragione per la quale nel Testo, Colpa lata e Dolo vengono equiparati, quando si tratta dell' obbligo di risarcire un danno resultante dall' una o dall' altro. Di regola anche la *Culpa levis* fa incorrere nell' obbligo di risarcire il danno che ne è derivato, ma se il Debitore non ritrae nessun vantaggio da una obbligazione, le nostre leggi lo ritengono responsabile soltanto della *Culpa lata (fr. 5 §. 2 Dig. commodati XIII, 6 - fr. 23 Dig. de reg. juris L, 17)*. Del resto, ecco le regole sull' obbligo di risarcire il danno derivante da Colpa.

1.° Se il debitore *non risente alcun vantaggio* dall' obbligazione, è responsabile soltanto della sua *Culpa lata (fr 5 §. 2 Dig. Commodati XIII, 6 - fr. 10 §. 1 Dig. eod. - fr. 17 §. 2 Dig. de præscript. verb. XIX, 5 - fr. 108 §. 12 Dig de Legatis I° (30) - fr. 22 §. 3 Dig. ad S. C. Trebell. XXXVI, 1 - fr. 18 §. 3 Dig. de donat.* XXXIX, *5)*. Si *eccettui* per altro, chi assume *volontariamente* l' amministrazione degli affari altrui, sia dietro *commissione*, sia *spontaneamente*: costui risponde anche della *Culpa levis (fr. 23 Dig. de regulis juris L, 17 - fr. 21 §. 3 Dig. de negot. gest. III, 5 - cost. 11, 13 Cod. mandati IV, 35 - Istit. §. 1 in f. de Obligat. quæ ex quasi contr. III, 27)*. E bene a ragione, imperocchè costui potesse ricusare, od astenersi dallo assumere, un ufficio tanto delicato quanto è quello, che fidente nelle proprie forze, ha assunto. I Tutori non assumendo volontariamente le loro funzioni, ma per sodisfare ad un *munus publicum*, sono obbligati solamente alla diligenza, che sogliono adoperare nelle cose proprie, (*fr. 1 pr. Dig. de tut. et rat. distrah. XXVII, 3*)

2.° Se il debitore *risente un vantaggio* dall' obbligazione, è responsabile anche della sua *Culpa levis (fr. 5 §. 2 Dig. commod. XIII, 6 - fr. 65 Dig. de usufr. VII, 1)*. Si *eccettui* per per altro, chi riceve l' uso di una cosa, *precario*: Costui è responsabile solamente della sua *Colpa lata*, sebbene risenta un

vantaggio dal Precario (*fr. 8* §. *3 Dig. de precario XLIII, 26 - fr. 23 Dig. de reg. juris L, 17*). Parlando del Precario, vedremo la ragione di quest' eccezione.

3.º Se l'obbligazione resulta *vantaggiosa tanto al debitore quanto al creditore*, ambedue sono responsabili della respettiva *Culpa levis* (*fr. 23 Dig. de reg. juris L, 17 - fr. 5* §. *2 Dig. commodati XIII, 6 - fr. 17* §. *2 de præscr. verb. XIX, 5*). Si *eccettuino*: *a*) il marito nell'amministrazione della Dote, *b*) il socio nell'amministrazione degli affari sociali. Costoro sono obbligati soltanto alla diligenza, che sogliono adoperare nell'amministrare gli affari proprj (*fr. 17 pr. Dig. de jure dotium XXIII, 3 - fr. 18* §. *1 Dig. de soluto matrim. XXIV, 3 - fr. 72 Dig. pro Socio XVII, 2 - fr. 25* §. *16 Dig. fam. ercisc. X, 2*); la legge ha così disposto, considerando che essendo essi personalmente interessati in quelle amministrazioni, non vi era bisogno di sanzioni troppo severe per eccitarli a far bene.

§. 249. Fin quì abbiamo considerato, il Caso, il Dolo, e la Colpa, come cagioni del danno emergente dall'inesecuzione di una obbligazione, ma possono essere cagioni di danno, senza che fra danneggiatore e danneggiato interceda rapporto obbligatorio. Eziandìo per questo rispetto vale la regola, che niuno è obbligato a risarcire il danno proveniente da caso fortuito, ma il danno proveniente da Dolo o da Colpa, ha da essere risarcito da chi se ne fece reo. La *lex Aquilia* imponeva l'obbligo di questo risarcimento, onde i Commentatori dissere *Culpa Aquiliana*, quella imputabile a persona non astretta da vincolo obbligatorio verso il danneggiato. Dovremo trattarne in seguito.

§. 250. Chi è obbligato alla *Custodia* ed alla *Diligentia*, se vuole esimersi dal pagamento del valore estimativo della cosa perita presso di lui, deve provare che non perì sua colpa, e che anzi egli adoperò tutte le cure possibili per conservarla (*fr.* 9 §. *4 Dig. locati conducti XIX, 2 - fr. 1* §. *13 Dig. de magistr. conven. XXVII, 8 - fr. 11 Dig. de probat. et presumpt. XXII, 3 - fr. 11 Dig. de peric. et comm. rei vend. XVIII, 6 - cost. 5 Cod. de pignorat. act. IV, 24*), mentre chi è responsabile soltanto di Dolo o di Colpa, non ha l'obbligo di questa prova; stà invece alla parte avversa, che esige la riparazione

del Danno, a provare il Dolo o la Colpa del reo convenuto (*fr.* 1. 18 §. 1 *Dig. de probat.* XXII, 3).

CAPITOLO III.

Conseguenze dell' inesecuzione dell' Obbligazione.

§. 251. Il Debitore ha *l' obbligo di indennizzare il creditore della perdita da esso risentita per tale inesecuzione*; abbiamo poco fa dichiarato, come questa perdita possa essere un danno emergente, od un lucro cessante. Nel linguaggio giuridico dei Romani per esprimere tanto l' uno quanto l' altro, adoperansi le locuzioni: *id quod interest, quanti mea res est, quanti ea res est* (*fr.* 13 *pr. Dig. ratam rem haberi* XLVI, 8 - *fr.* 21 §. 2, *fr.* 22 §. 1, *fr.* 33 *pr. Dig. ad legem Aquil.* IX, 2 - *fr.* 1 §. 41 *Dig. de vi et vi arm.* XLIII, 16 - *cost. un. Cod. de sent. quæ pro eo* VII, 47). *Præstare* l' *id quod interest*, vale indennizzare pienamente. Ma in senso proprio e particolare, *id quod interest* significa ciò che noi possiamo pretendere, oltre la cosa od il suo prezzo di stima (*fr.* 11 § 18 *Dig. de act emt. et vend.* XIX, 1 - *fr.* 1 §. 20 *Dig. de tut. et rat. distrah.* XXIII, 3 - *fr.* 179, *fr.* 193 *Dig. de verb. signif.* L, 16). Intorno alla prestazione dell' *id quod interest*, vigono queste regole:

a) Il Debitore è responsabile soltanto del danno, che è conseguenza *necessaria* dell' inesecuzione della sua obbligazione (*fr.* 21 §. 3 *Dig. de act. emt.* XXI, 1 - *fr.* 19 *Dig. de peric. et commod.* XVIII, 6 - *fr.* 29 §. 3 *in f. Dig. ad leg. Aquil.* IX, 2).

b) Ma se il danno è conseguenza necessaria dell' inesecuzione o mala esecuzione della sua obbligazione, è tenuto a risarcire tanto il danno diretto quanto l' indiretto, purchè per altro abbia potuto prevedere le conseguenze di quella inesecuzione o mala esecuzione, nel momento in cui si obbligò (*fr.* 19 §. 1 *Dig. locati* XIX, 2 - *fr.* 2 §. 8 *Dig. de eo quod. certo loco* XIII, 4 - *fr.* 21 *Dig. de act. emti* XIX, 1). Allorquando è posto in sodo, l' obbligo del Debitore di risarcire il danno, nasce il bisogno di fissarne il valore pecuniario. Molto è rilasciato su questo proposito all' arbitrio del Giudice, il quale deve va-

lutare le circostanze proprie di ogni caso speciale. Esso deve aver riguardo, non già al valore astratto della non eseguita prestazione, sibbene al valore che essa aveva pel creditore (*fr. 24 Dig. de reg. juris L, 17 - fr. 54 Dig. de legatis II.*), non calcolando per altro il prezzo di affezione, che il Creditore poteva annettervi per ragioni puramente personali. L'arbitrio del Giudice è nulladimeno, regolato nella valutazione dell' *id quod interest*, da queste limitazioni:

a) Per una costituzione di Giustiniano (*Cost. un. Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest proferuntur VII, 47*) quando l' oggetto della prestazione è suscettibile di una stima certa, i danni e gli interessi non possono eccedere il doppio valore dell' oggetto.

b) quando si tratta di danno cagionato da ritardo nella consegna di danaro, la legge stabilisce l' ammontare dell' *id quod interest*, nel frutto legale del danaro.

c) in certi casi il Creditore ha la facoltà di stimare da se stesso il danno che ha risentito, con l' obbligo per altro di giurare la sua stima, *jurare in litem*. In Gius Nuovo, il Debitore ha questo diritto in tutti i casi di inesecuzione dell' obbligazione, inesecuzione dipendente da *Dolo* e da *Colpa lata* del Debitore, come pure in caso di *contumacia* del medesimo (*fr. 7 Dig. si serv. vind. VIII, 5 - fr. 7 pr. Dig. de adm. tut. XXVI, 7 - fr. 15 §. 9 Dig. quod vi aut. clam XLIII, 24 - cost. 2 Cod. de in lit. jur. V, 55 - fr. 1, fr. 2, fr. 4 §. 4, fr. 5 §. 3 e 4 Dig. de in lit. jur. XII, 3 - fr. 68 Dig de rei vind. VI, 1 - fr. 5 §. 2 Dig. ad exhib. X, 4*). Tuttavolta il Giudice ha la facoltà per gravi ragioni, di riformare e ridurre la stima fatta dal Debitore (*fr. 4 §. 2 e 4, fr. 5 §. 1 e 2 Dig. de in lit. jur. XII, 3 - fr. 18 pr. Dig. de dolo malo IV, 3 - fr. 5 §. 2 Dig. ad exhib. X, 4*).

§. 252. Il Debitore è obbligato a prestare la cosa dovuta, nello stato in cui si trovava nel momento in cui l' obbligazione fu contratta. Deve indennizzare il creditore se per sua Colpa non può sodisfare a tale obbligo, ed è responsabile del deterioramento o della distruzione sofferti dalla cosa, che si è obbligato a prestare, quando derivino da suo Dolo o da sua Colpa.

Ma non è tenuto a indennità alcuna, se la cosa perì o fu guasta per un caso fortuito; giusta il principio *casus a nemine præstatur*. Per conseguenza, la inesecuzione dell' obbligazione che deriva da caso fortuito, non dà diritto al Creditore di essere risarcito; il danno che ne ridonda è tutto a suo carico: *periculum ejus est* (*Istit. de emt. et vend. III, 23 - fr. 8 pr. Dig. de act. emt.* XIX, *1*), Il Creditore, mentre soffre la perdita che la cosa subisce accidentalmente, gode dell' aumento di valore che in ugual modo per caso fortuito essa riceve, nell' intervallo fra il momento in cui l' obbligazione fu contratta, ed il momento della esecuzione di essa. Nel linguaggio giuridico queste eventualità, per un lato di perdita, e di deterioramento della cosa, per l' altro di aumento di valore della medesima, sono designate con le parole tecniche *periculum et commodum*, e la regola in proposito è questa: *cujus periculum est, et commodum ejus esse debet* (*Istit.* §. *de emt. et vendit. III, 23 - fr. 10 Dig. de reg. juris L, 17 - fr. 7 pr. Dig. de peric. et commod. XVIII, 6*). Il *Commodum* comprende, non solamente i frutti che la cosa produce nell' intervallo di tempo ora indicato, ma ancora tutte le accessioni, che non ripetano la loro origine dal fatto del Debitore (*cost. 13 e 14 Cod. de peric. et commod. IV, 48 - cost. 13 e 16 Cod. de act. emti IV, 49*). Affinchè possa trattarsi di *Periculum* e di *Commodum*, fa di mestieri che l' oggetto della prestazione sia un corpo *individualmente determinato*, ossia *una specie* (*fr. 23 Dig. de verb. oblig. XLVIII, 1 - fr. 57 Dig. eod.*). Se il debitore si è obbligato a prestare non una specie, ma un genere, p. e. non il proprio cavallo sauro, ma generalmente un cavallo, ove perisca il cavallo, che il debitore aveva in animo di prestare, il creditore non risente danno, giacchè il debitore può sempre prestare un cavallo; e reciprocamente, non risente il creditore nessun vantaggio, per l' aumento di valore che il cavallo dal debitore contemplato, provasse, non potendo il creditore esigere quello. Lo stesso ripetasi, quando l' oggetto della prestazione è una quantità di cose fungibili (*fr. 42 Dig. de jure dotium XXIII, 3*).

§. 253. (3) L' obbligazione conclusa senza apposizione di termine, deve essere adempita subito; quella conclusa a termine,

scorso il termine. Se il Debitore non la adempie nel tempo debito, si dice che è in *Mora*. La inesecuzione nel tempo debito può dipendere dal debitore, ***Mora solvendi, Mora debitoris*** o dal Creditore, ***Mora accipiendi, Mora creditoris***. Affinchè la Mora sia imputabile, non deve dipendere da forza maggiore (*fr. 63 Dig. de regulis juris L, 17 - fr. 5 Dig. de reb. cred. XII, 1, - fr. 9 §. 1, fr. 17 §. 3, fr. 21, fr. 23 pr. Dig. de usuris XXII, 1 - fr. 23 Dig. de receptis IV, 8*). Il creditore è in Mora, ogni qualvolta con una sua azione positiva o negativa, rende impossibile l' esecuzione dell' obbligazione, p. e. ricusando di ricevere la prestazione che il Debitore gli offre, o non trovandosi nel luogo fissato per l' esecuzione (*fr. 16 §. 2, - 4, fr. 17 Dig. de pecun. constit. XIII, 5 - fr. 122 pr. Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 39, fr 72 pr. §. 3, fr. 102 Dig. de solut. XLVI, 3 - cost. 16, 19 Cod. de usuris IV, 32*). In generale il Debitore è in Mora, ogni qualvolta il creditore lo intima di devenire alla prestazione, o per usare la parola tecnica lo *interpella*. In questo senso si dice che havvi *Mora ex persona* (*fr, 32 pr. Dig. de usuris XXII, 1*). Nulladimeno tal fiata il Debitore è costituito in Mora per la semplice e pura esistenza di un fatto, senza che vi abbisogni interpellazione. Allora la Mora dicesi *ex re*. Questa si verifica:

a) Quando l' obbligazione resulta da un possesso di cattiva fede, o da un delitto, e specialmente da un furto (*fr. 15 §. 3 Dig. de rei vindic. VI, 1 - fr. 8 §. 1, fr. 20 Dig. de condict. furt. XIII, 1 - fr. 19 Dig. de vi et vi armata XLIII, 16 - cost 7 Cod. de condict. ob turpem. caus. IV, 7*).

b) Quando non vengono pagati nel giorno della scadenza i debiti verso il Minore o il Fisco, ed i legati e fedecommessi ad un pio istituto nel giorno stabilito dal Testatore (*cost. 3 Cod. in quib. caus II, 41 - fr. 17 Dig. de usuris XXII, 1 - fr. 26 §. 1 Dig. de fideic. lib. XL, 5 - cost. 46 §. 4 Cod. de episc. et cler. I, 3 - Istit. de obligat. quæ quasi ex contr. III, 27 - Nov. 131 cap. 12*) - È questione se lo spirare del termine basti per costituire in Mora il debitore, se sia vero insomma, che *dies interpellat pro homine,* o se il Creditore debba, (quando non si tratta di *mora ex re*) intimare il Debitore ad eseguire la

sua obbligazione. Noi propendiamo a ritenere necessaria la interpellazione del Creditore, ed insufficiente la scadenza del termine. Eccone il motivo: il termine si presume sempre stabilito a favore del Debitore, ed è per la scadenza del medesimo, che l'obbligazione diviene attualmente esigibile, ossia presente; diviene insomma tale, quale sarebbe stata, se termine non fosse stato apposto alla medesima; ma in una obbligazione presente od esigibile, è necessaria l' interpellazione a costituire il Debitore in Mora: dunque la interpellazione è necessaria, scaduto il termine.

§. 253. Per la Mora tutti i rischj e pericoli della cosa cominciano ad essere a carico del moroso (*fr. 91 §. 3 e 4 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 58 §. 1 Dig. de Solut. XLVI, 3)*; laonde egli è responsabile ancora della colpa leve, e perfino del caso fortuito, sebbene fosse stato tenuto a rispondere soltanto della colpa lata (*fr. 10 §. 11 Dig. de Legatis I,* (30) - *fr. 30 Dig. de re judic. XLII, 1 - fr. 23 Dig. de verb. obligat. XLV, 1*). Ma potrebbe esimersi dall'obbligo di risarcire il danno proveniente da caso fortuito, qualora provasse, che la cosa sarebbe ugualmente perita eziandìo presso il Creditore (*fr. 14 §. 11 Dig. quod metus causa IV, 2 - fr. 12 §. 4 Dig. ad exhib. X, 4 - fr. 14 §. 1 Dig. depositi XVI, 3 - fr. 47 §. 6 Dig de Legatis I*, (30). La parte non morosa, viceversa diviene responsabile soltanto della Colpa lata, quand'anche in precedenza si fosse obbligata a rispondere del caso fortuito (*fr. 48 §. 3 Dig. de Legatis I* (30) - *fr. 105 Dig. de verb. oblig. XLVI, 1 - fr. 72 pr. Dig. de Solut. XLVI, 3*).

§. 254. La Mora cessa, *Mora purgatur*:

a) pel *debitore* eseguendo la prestazione dovuta, e *pel creditore* dichiarando essere parato ad accettarla (*fr. 37 §. 2, fr. 84 Dig. de verb oblig. XLV, 1 - fr. 72 §. 1, 30 Dig. de Solut. XLVI, 3*).

b) per un respiro a pagare, che il Creditore accorda al debitore (*fr. 8 pr., fr. 15 e fr. 31 Dig. de Novat. XLVI, 2 - fr. 72 §. 1 e 2 Dig. de Solut. XLVI, 3*).

c) per mora reciproca; quando ambedue le parti sono in mora, si compensa quella dell'una con quella dell'altra (*fr. 18 pr. Dig. de compensat. XVI, 2 - fr. 17 Dig. de peric. et com-*

mod. rei vind. XVIII, 6). Ma se la mora di una parte cessa prima di quella dell'altra, vale la regola: *posterior mora nocet*, e tutte le conseguenze pregiudicevoli della mora, cominciano dal momento in cui la mora di una delle parti, diviene posteriore alla mora dell'altra (*fr. 17 Dig. de peric. et commod. XVIII, 6 - fr. 51 pr. Dig. de act. emti XIX, 1 - fr. 26 Dig. de soluto matrim. XXIV, 3 - fr. 29 §. 3, fr. 135 § 2 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*). Con la purgazione della mora cessano gli effetti di lei, ma questa cessazione non ha effetti retroattivi (*fr. 91 §. 3 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*).

§. 255. Conseguenza dell'inadempimento di una obbligazione nel tempo debito, è talora eziandìo il dovere giuridico di pagare:

Delle Usure.

vale a dire i *frutti civili*, o gli interessi di un capitale. - Capitale (*caput, sors*) è la somma di danaro, o la quantità di cose fungibili, oggetto principale di una obbligazione (*usuræ, fœnus*). Vedi il *fr. 24 Dig. de præscr. verbis XIX, 5 - e la cost. 3 Cod. de Usuris IV, 32 - Usuræ, fœnus*, sono parole che indicano ciò che il Debitore deve, oltre il capitale in cose dello stesso genere, come correspettivo dell'uso che ha fatto del capitale, o come compenso della privazione che del godimento del capitale stesso, ha provato chi lo imprestò (*fr. 17 §. 3 Dig. de usur. et fruct. XXII, 1*). L'obbligo di pagare gli interessi può derivare in Diritto Romano:

a) Dalla Mora, (*b*) da un fatto illecito, (*c*) da Testamento, (*d*) da Convenzione: (*e*) dal disposto di Legge.

a) dalla mora; in tutti i contratti di buona fede, ma non in quelli di stretto gius (*fr. 32 §. 2 Dig. de Usuris XXII, 1 - fr. 24 Dig. depositi, XVI, 3*)

b) da un fatto illecito, come sarebbe:

1.° il togliere altrui arbitrariamente l'uso dei proprj danari (*fr 24 Dig. depositi XVI, 3 - fr. 20 Dig. de pignorat. act. XIII, 7*),

2.° l'impiegare arbitriamente a proprio vantaggio i danari altrui (*fr. 28 Dig. Depositi XVI, 3. - fr. 1 §. 1 Dig. de Usuris XXII, 1 - fr. 7 §. 10, 12 de adm. et peric. tut. XXVI, 7*

- *fr. 38 Dig. de negot. gest. III, 5 - fr. 10 §. 3 Dig. mandati XVII, 1*),

3.° il trascurare di impiegare ad interesse, i capitali dei quali si ha l'amministrazione (*fr. 19 §. 4 Dig. de negot. gest. III, 5 - fr. 7 §. 3, fr. 10, fr. 15, fr. 58 §. 1 Dig. de adm. et peric. XXVI, 7*).

c) da testamento, *usuræ testamentariæ* (*fr. 3 §. 6 Dig. de annuis legatis XXXIII, 1*)

d) da convenzione, *usuræ conventionales* (*cost. 4 Cod. de Usuris IV, 32*),

c) dal disposto di legge (*usuræ legales*). Per *disposizione generale di Legge* (*in jure communi*): chi ha comprato una cosa non sotto fede di prezzo, ossia non a credenza, deve pagare le usure dal momento della Tradizione (*fr. 13 §. 20 Dig. de act. emti XIX, 1 - fr. 18 §. 1 Dig. de usuris XXII, 1 - cost. 2 Cod. de Usuris IV, 32*). Per *disposizione speciale di legge* (*in jure singulari*): chi è debitore di danaro verso un pupillo o verso il fisco, deve pagare gli interessi, abbenchè non costituito in mora (*cost. 3 Cod. in quib. caus. in integr. rest. II, 4 - cost. 5 Cod. de act. emti et vend IV, 49 - fr. 17 §. 5 Dig. de Usuris XXII, 1*).

§. 256. Le Usure Convenzionali non possono in Gius Nuovo superare la misura del 4%, se vengono stipulate a favore di *personæ illustres*. I Negozianti ed i Fabbricanti possono esigere l'8%, gli altri il 6%; ma trattandosi di *pecunia trajectitia* la legge permette che le usure giungano al 12%. - Le Usure *Legali* e quelle *ex Mora*, sono nella misura del 6%; ma per i Legati che l'erede è in Mora di prestare, sono dovute al 3%, e per la Dote al 4% (*cost. 26 §. 1 Cod. de Usuris IV, 32 - cost. 12 pr. Cod. de petit. hered. III, 31 - cost. un. §. 7 Cod. de rei ux. act. V, 13*).

§. 257. Le Usure arretrate, che col loro cumulo arrivano al capitale (*usuræ ultra alterum tantum*), rendono infruttifero il capitale stesso (*cost. 29, 30 Cod. de usuris IV, 32 - Nov. 121 cap. 2. Nov. 138*). - Sono proibite le Usure delle Usure, ossia l'*anatocismo*; e questo sia che le Usure scadute si tengano separate dal Capitale, e si considerino così come un capi-

tale distinto, fruttifero di per se (*anatocismus separatus*), sia che si congiungano al capitale primitivo (*cost. 3 Cod. de usur. rei judic. VII, 57 - cost. 26 Cod. de usuris IV, 32*). - Le Convenzioni contrarie a queste disposizioni legislative sono nulle, e lice ripetere con la *condictio indebiti* ciò che in conseguenza delle medesime si fosse pagato; di più l'usurajo incorre nell'infamia (*fr. 29 Dig. de Usuris XXII, 1 - fr. 26 pr. §. 1 Dig. de condict. indeb. XII, 6 - cost. 3 Cod. de usur. rei judic. VII. 54 - cost. 20 Cod. ex quib caus. infam. irrogat. II, 22*).

§. 258. Dicesi *Interusurio* (*Interusurium*, *Repræsentatio*, *Commodum temporis medii, vel repræsentationis*), oggi *sconto*, quell'abbuono che il Debitore può esigere, perchè col consenso del Creditore paga innanzi la scadenza un debito infruttifero (*fr. 9 §. 18 Dig. de peculio XV. 1 - fr. 66 pr. Dig. ad leg. falcid. XXXV, 2 - fr. 88 §. 5 Dig. de Legatis I. (30) - fr. 1 §. 2, 12 Dig. de dote prælegata XXXIV, 4 - fr. 82 pr. Dig. de Legatis II. (31)*). Il Carpzovio insegnò, che per ragione di Interusurio, al Debitore fosse lecito: *ritenersi una somma uguale agli interessi, che il Creditore può nel frattempo percipere dal capitale.* La pratica abbracciò invece il sistema di Hoffmann (coerente allo spirito delle leggi Romane; vedi *fr. 3 §. 1, fr. 88 §. 3 Dig. ad leg. falcid. XXXV, 2*), pel quale si sostiene, che il Debitore debba pagare una somma, che con gli interessi ordinarj, calcolati fino al giorno della scadenza del debito, equivalga al capitale originariamente dovuto. Il Leibnizio aggiunse, che si doveva tener conto eziandìo degli interessi degli interessi a scaletta, talchè secondo il suo sistema il Debitore deve pagare una somma (x), che con gli interessi degli interessi (interesse composto) calcolati fino al giorno della scadenza, sia eguale al capitale originario, dovuto. - Matematicamente parlando, questo sistema del Leibnizio è il più esatto.

PARTE III

Fonti delle Obbligazioni.

§. 259. Nel *fr.* 1 *Dig. de Obligationibus et Actionibus XLIV, 7*), troviamo scritto « Obligationes aut ex contractu na- » scuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis » causarum figuris; » nelle Istituzioni Imperiali al §. 2 *del Titolo de Obligationibus* (*Tit. 13, Lib III*), è invece dichiarato; che le Obbligazioni nascono « Aut ex contractu, aut quasi ex » contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. » Combinando insieme queste due enumerazioni, bisogna ritenere, che Fonti delle Obbligazioni sono in Diritto Romano:

I. Le Convenzioni (*Contractus, Pacta*),

II. I Malefizj, o Delitti (*Maleficia, Delicta*),

III. Diverse altre cause (*variæ causarum figuræ*), fra le quali speciale importanza hanno i *Quasi Contratti*, ed i *Quasi Delitti*.

CAPITOLO I.

Delle Obbligazioni nascenti da Convenzione.

Dig. Lib II. Tit. 14 de Pactis. - Cod. Lib. II. Tit. 3 de Pactis.

§. 260. Nel trattare della prima e più importante fra le Fonti delle Obbligazioni, adopriamo la voce *Convenzione* anzi che la voce *Contratto*, adoprata nel testo, perchè la parola *Contratto* ha in Diritto Romano un significato tecnico limitato in contrapposto a *Patto*, e la parola *Convenzione*, più generica (*fr.* 1 §. 3 *Dig. de Pactis II, 14*), abbraccia tanto i Contratti quanto i Patti. Ciò premesso, noi definiremo la Convenzione (*conventio*, *pactio*), come: la *Riunione del Consenso di due o più persone, intese a dar vita ad un rapporto giuridico fra loro; duorum, pluriumve in idem placitum, consensus* (*fr.* 1 §. 2 *Dig. de Pactis - fr. 3 pr. Dig. de Pollicitat. L, 12*). -

Affinchè una Convenzione esista, è necessario il concorso di queste condizioni:

a) *Capacità* nelle *persone*, che vogliono concluderla.

b) *Possibilità fisica e giuridica* del *fatto determinato*, *vantaggioso* al *Creditore*, obietto della convenzione, *dovuto* dal Debitore.

c) *Consenso* delle parti.

(a) CAPACITA' NELLE PERSONE.

§. 261. In generale, qualunque persona è capace di concludere una Convenzione; si eccettuano per altro, quelle persone che non hanno volontà razionale, come gli infanti, i dementi meno che nei lucidi intervalli (Vedi nel Lib. I. §. 16 pag. 170 §. 23 pag. 175 §. 222 pag. 357 §. 258 pag. 393). Queste persone sono assolutamente incapaci di concludere convenzioni, e di contrarre conseguenziali obbligazioni civili e naturali. Hanno capacità *limitata* alle Convenzioni:

a) I Prodighi, i quali sono incapaci di quelle convenzioni, che li obbligherebbero passivamente, e che diminuirebbero il loro patrimonio (Vedi sopra Lib. I. §. 23 lett. b. pag. 176 - §. 259 pag. 394); le loro convenzioni di questo genere, non darebbero vita neppure ad una obbligazione naturale.

b) Gli Impuberi, che hanno superato l'infanzia (Lib. I. §. 17 pag. 171). I pupilli impuberi non possono senza l'*auctoritas* del tutore fare convenzioni, che importino alienazione od obbligazione (Vedi Lib. I. §. 224 pag. 359, 360, 361). Era controverso se dalle loro convenzioni di quel genere, nascesse almeno una obbligazione naturale, ma sembra che l'opinione affermativa prevalesse (1).

c) I minori di 25 anni, sieno essi *liberi*, od abbiano un Curatore. (Vedi Lib. I. §. 263 e 264 pag. 399). L' obbligazione

(1) L'opinione affermativa è professata nei: *fr.* 42 *pr. Dig. de jurisdic. XII*, 2 - *fr.* 21 *pr:* Dig. *ad leg. falcid. XXXV*, 1 - *fr.* 64 *Dig. ad S. C. Trebell. XXXVI*, 1 - *fr.* 23 §. 1 *Dig. guando dies Legati XXXVI*, 2 - *fr.* 43 *Dig. de obl. et act. XLIV*, 7 - *fr.* 127. *Dig. de verb. oblig. XLV*, 1 - *fr.* 1 §. 1 *Dig. de noval. XLVI*, 2 - coi quali confrontano Gajo III, 176 - *Istit.* §. 1 *quib. mod. obl. toll. III*, 29 - *fr.* 1 §. 13 *Dig. de obl et act. XLIV*, 7 - L'opinione negativa apparisce nei *fr.* 41 *Dig. de cond. indeb. XII*, 6 - *fr.* 59 *Dig. de obl. et act. XLIV*, 7.

di un Minore di XXV anni, che non è *civilmente* valida perchè conseguenza di una convenzione conclusa senza l'assistenza di un Curatore, vale *naturaliter*. Il minore infatti è capace di intendere e di volere, e comunque le sue facoltà intellettuali non abbiano ancora raggiunto quel grado di svolgimento del quale sono capaci, nè il suo senno sia stato fatto maturo dall'esperienza, tuttavìa non si può ammettere, che le sue convenzioni abbiano efficacia minore di quelle contratte dal pupillo, senza l'*auctoritas* del tutore. Laonde quei passi del testo relativi al pupillo, nei quali si dichiara, che le convenzioni concluse senza l'*auctoritas* del tutore l'obbligano *naturalmente*, debbono a più forte ragioni valere pel minore di XXV anni, che si obbliga senza il consenso del curatore nei casi in cui è necessario tal consenso (Lib. I. §. 18 pag. 172 e §. 264 pag. 399).

d) Le Donne, non si obbligano nè civilmente, nè naturalmente per le convenzioni, con le quali assumessero una Mallevadoria.

e) Gli Schiavi, mancando di personalità giuridica, non possono concludere convenzioni, che li obblighino *civilmente*. Altrove fu detto quando le loro obbligazioni potessero valere, almeno *naturalmente* (Vedi Lib. I. §. 27 lett a pag. 179 e §. 234 del Lib. II. Vol. II. pag. 10 (1)

(b) *Possibilita'* fisica *e* giuridica, del fatto determinato vantaggioso al Creditore, *obietto della Convenzione*, dovuto dal Debitore.

§. 262, (1) Il *fatto*, objetto della Convenzione, ha da essere *possibile*, sì *fisicamente* come *giuridicamente*. - Sarebbe nulla la convenzione con la quale taluno si obbligasse ad un fatto fisicamente impossibile, *impossibilium nulla obligatio est* (*fr. 185 Dig. de reg. jur. L, 17 - fr. 35 Dig. de verb. oblig. XLV*, 1), come a toccare il cielo con un dito (*Istit.* § 11 *de inut. stip. III*, 19), o a prestare il fatto di un altro (*Istit.* §. 3 *de inut. stipul. III, 19 - fr. 83, fr. 97* §. 1 *Dig. de verb. oblig. XLV*, 1); a dare una cosa che non esiste in natura, e non può esistere, p. e. un centauro (*Istit.* §. 1 *de inut. stip. III, 19 - Gajo III, 97 - fr.* 1 § 9 *Dig. de obl. et act. XLIV*, 7), od una cosa che è distrutta o perita, come il servo Stico che è

morto (*Istit. e Dig. l. cit.*). Parimente nulla, sarebbe la convenzione con la quale taluno si obbligasse ad un fatto *giuridicamente impossibile*. Tale sarebbe il trasferire ad un altro il dominio di una cosa che già gli appartiene, avvegnachè (come dicono volgarmente) *res mea plus quam semel mea esse non potest*, o *quod meum est, meum fieri non potest* (*fr. 1 §. 10 Dig. Oblig. et act. XLIV, 7 - Istit. §. 14 de Actionibus IV, 6*), od il promettere di fare avere una cosa fuori di commercio, per esempio una cosa sacra o religiosa (*Istit. §. 2 de inut. stip. III, 19 - Gajo III, 97 - fr. 1 §. 10 e 11 Dig. de oblig. et act. XLIV, 7 - fr. 82 e fr. 83 §. 5 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*), o una cosa turpe, e che per disposto di legge non può essere prestata, nè obbligata (*fr. 15 Dig. de condit. instit. XXVIII, 7 - fr. 7 §. 3 Dig. de Pactis II, 14*). Nulle poi, per espresso disposto di legge, sono tutte le convenzioni che vanno sotto il titolo di *pactum commissorium* (nel pegno), di *pactum ne dolus prœstetur* (dei quali abbiamo già parlato), di *pactum quotæ litis* (pel quale il causidico pattuisce di prendere in ricompensa delle sue funzioni una parte aliquota della cosa controversa (*fr. 52 Dig. de Pactis II, 14 - cost. 5 Cod. de Postulando II, 4*), di *patto sull' eredità di una persona viva* (del quale tratteremo in materia di successione ereditaria; *cost. 30 Cod. de Pactis II, 3*). Queste Convenzioni, come in generale tutte quelle immorali o criminose, sono radicalmento nulle (*fr. 45 Dig. de reg. juris L, 17 - cost. 5 Cod. de Legibus I, 14 - cod. 6 de Pactis II, 3*). - Se non che è da osservare, che quegli il quale per convenzione si è obbligato a fare avere ad altri una cosa che più non esiste (p. e. un edifizio, già bruciato o rovinato nel momento della promessa), od una cosa andata fuori di commercio (p. e. un fondo divenuto religioso), è astretto ad indennizzare la persona verso la quale contrasse quell' obbligo, quando lo contrasse in mala fede, vale a dire sapendo di obbligarsi ad un fatto impossibile (*fr. 57 §. 1 - fr. 62 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1*), mentre la persona verso la quale si obbligò era in buona fede. Generalizzando diremo dunque, che le convenzioni le quali hanno per objetto un fatto giuridicamente o fisicamente impossibile, se il

promittente è in cattiva fede e lo stipulante è in buona fede, producono l'effetto di obbligare quello ad indennizzare questo (*Istit.* §. *5 de emt. et vendit. III, 23. - fr. 4, 5, 6, fr. 22, fr. 23 fr. 34* §. *1, 2., fr. 67 pr., fr. 73 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1*). - Sebbene sia nulla la Convenzione, con la quale taluno si obbliga a fare avere ad un altro una cosa, che non esiste e non può esistere, valida sarebbe se quella cosa, che non esiste nel momento della convenzione, potesse esistere in seguito: p. e. la vendemmia del futuro anno (*fr. 73 Dig. de verb. Oblig. XLV, 1*). La convenzione di *fare avere* la *cosa altrui* non è nulla, nè per impossibilità fisica, nè giuridica. Ed in vero il non essere proprietarj della cosa nel momento in cui si promette, non osta al possibile adempimento della promessa, perocchè il promittente possa, prima che giunga il giorno di quell'adempimento, divenire proprietario della cosa che ha promesso di fare avere, oppure possa indurre il proprietario ad abilitarlo ad eseguire la promessa; l'aver promesso la cosa altrui, può dunque fare incontrare delle difficoltà o degli incomodi al promittente, nell'eseguire ciò cui si è obbligato (come appunto si osserva nel *fr. 137* §. *4 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*), ma non è causa di nullità della Convenzione: la quale anzi avrà sempre per effetto l'obbligo del promittente di mala fede d'indennizzare lo stipulante di buona fede, qualora quel primo non *faccia* quello che ha promesso a favore di questo secondo (*fr. 28, fr. 34* §. *3 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - fr. 137* §. *4 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 22. Dig. de pignorat. act. XIII, 7 - fr. 23 Dig. de pign. et hypoth. XX, 1 - fr. 7, 8, 9* §. *1 Dig. Locati XIX, 2 - fr. 13* §. *ult. Dig. de usufr. et quemad. VII, 1*). Abbenchè sia un assioma giuridico, *res mea, plus quam semel mea esse non potest*, e perciò sia nulla la Convenzione con la quale il proprietario di una cosa, si facesse promettere da un altro, che costui gliene trasferirà la proprietà, tuttavolta questa Convenzione potrebbe essere valida, quando fatta sotto la condizione: *se la cosa non fosse più mia* (*fr. 31, fr. 98 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*).

2) L'objetto della Convenzione deve essere *determinato*, almeno *determinabile*. Se l'objetto della Convenzione è così ıgamente indicato, che non sia possibile determinarlo, la onvenzione è nulla *per incertezza* dell'objetto stesso. - Tale ırebbe per esempio la convenzione, con cui taluno si obbliısse a *dare del grano*, senza indicare qualità nè quantità, n fondo, senza indicazioni di sorta che valessero a de:minarlo (*fr. 75, fr. 94, fr. 115 Dig. de verb. oblig. XLV,*). Ma valida sarebbe tal Convenzione, se dalle circostanze el fatto resultasse ciò che le parti ebbero in mira (*fr. 134 1 Dig. de obligat. XLV, 1*), o se la legge porgesse un ıssidio per stabilirlo. - Così, se il padre di famiglia promette ıa Dote, senza indicarne l'ammontare, la convenzione è vala; perchè si intende che abbia promesso di dare quella ote, che la legge gli impone di dare, vale a dire una *dote conrua.* - Ove la prestazione objetto della Convenzione, comunque ɔn *determinata*, sia almeno *determinabile*, la Convenzione è ılida, come se alcuno dicesse: prometto darti, tanto quanto ı pagasti il tale oggetto; la relazione con un che di certo e i determinato, fa determinabile l'objetto della Convenzione, per conseguenza la convalida. - È pure lecito rimettere alarbitrio di una terza persona designata espressamente, ed stranea ai contraenti, la determinazione della quantità o ualità delle cose, objetto della Convenzione (*fr. 7 §. 1 ig. de contrah. emt. XVIII, 1 - fr. 75 e 80 Dig. Pro Soio XVII, 2 - cost. ult. Cod. de contrah. emt. IV, 38*), ıa se questa terza persona, non esercita l'arbitrio delegatole, ı Convenzione è nulla. - Valida è la Convenzione in cui il eterminare quello che si deve prestare, è rimesso *ad arbiium boni viri,* avvegnachè non sia questo un arbitrio illimiıto, ed abbia per lo contrario confini nell'equità naturale: e *arbitrium boni viri* si risolva poi sempre in quello del iudice (*fr. 7 pr. Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - fr. 24 r. Dig. Locati XIX, 2*). - Nulla sarebbe invece la convenzione, e quella determinazione fosse rimessa all' arbitrio *puro* di uno ei paciscenti, e specialmente al puro arbitrio del Debitore (*fr. 08 §. 1 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*). - Verbigrazia, nulla sa-

rebbe la Convenzione in cui fosse stato detto: *darai ciò che vorrai*, perocchè potrebbe il promittente liberarsi dando un oggetto di nessun valore, verbigrazia un insetto, e lo stipulante non avrebbe per conseguenza nessuno interesse ad esigere l'adempimento di tale una obbligazione. Lo stesso si dica, se l'objetto della prestazione è designato in maniera così generica, che possa il promittente sdebitarsi con una prestazione, che non riesca di nessuno interesse allo stipulante; a mo' di esempio, se il promittente si fosse obbligato a dare *un animale*, *una pianta*: col dare un moscerino, o la più vile erba del prato, potrebbe sostenere di avere sodisfatto alla promessa. - Non sarebbe lo stesso, se la cosa sebbene indicata in modo generico, pure tuttavìa un vantaggio, una utilità potesse arrecare, verbigrazia se fosse stato promesso un cavallo (*fr. 37 Dig. de Legatis I. - 30*), ed in vero, per quanto vecchio ed in malo arnese possa essere un cavallo, ha sempre un valore.

3.) Il *fatto*, objetto della convenzione, ha da essere *vantaggioso* al creditore, ossia egli deve avere un *interesse* a conseguirne lo adempimento, altrimenti la convenzione è nulla. Di quì deriva, che la persona la quale si fa promettere una prestazione a favore *di un terzo*, che non sia il suo erede, e senza alcun interesse proprio, in generale fa una convenzione nulla per se e pel terzo (*Istit. §. 19 de inut. stip. III. 19 - fr. 38 §. 17 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*).

4.) Una convenzione concepita in guisa, che l'esistenza del vincolo obbligatorio derivi dal *mero arbitrio* del debitore, è *ipso jure* nulla: « Illam autem stipulationem: si *vuolueris dari*? « inutilem esse constat (*fr. 46 §. 5 cost. Dig. de verb. oblig. XLV, 1 fr. 7 pr. Dig. de contrah. emt. XVIII, 1*). Mancando in siffatta convenzione pel Debitore, necessità giuridica di *facere*, non si può dire che egli debba, che sia vero debitore di un fatto. Non ugualmente procederebbe la bisogna, se la prestazione fosse subordinata ad una condizione potestativa pel debitore, p. e. se fosse stato risposto accettando, alla domanda: *si in Capitolium non ascenderis, vel Alexandriam non ieris, centum dari spondes*? (*fr. 115 §. 1 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*). Abbenchè dipenda dalla potestà del debitore, il salire o non sa-

lire al Campidoglio, l'andare o il non andare ad Alessandria, l'astenersi, da quell'ascensione o da quella gita, potrebbe costargli dei sacrifizj, attalchè non si può dire in un modo assoluto dipendere dal suo *mero arbitrio*, l'adempire o no all'obbligazione contratta.

(c) CONSENSO.

§. 263. La Convenzione essendo: la riunione del consenso di due o più persone, intese a dar vita ad un rapporto giuridico fra loro, essa addimanda dunque il consenso del debitore e del creditore: che il debitore consenta a *facere, dare, præstare*, che il creditore consenta ad accettare. - L'accettazione ordinariamente tiene dietro alla promessa, ma può talvolta precederla, prendendo allora la forma di interrogazione. - Le *Trattative preliminari* non dimostrando la decisa volontà di consentire, non danno vita ad obbligazione; e per trattative preliminari intendiamo tutte quelle proposte, risposte, domande, e repliche, che preparano la via a concludere una convenzione, ma che non la concludono, perchè contengono sempre un consenso condizionato. - Una *Promessa non accettata* (che in Diritto Romano chiamasi *Pollicitatio*), di regola non obbliga chi l'ha fatta, avvegnachè fino al momento dell'accettazione, manchi la riunione dei consensi: *duorum in idem placitum consensus*. Siffatta regola va sottoposta in Diritto Romano a due eccezioni:

1.º La *Pollicitatio* obbliga non solo il promittente, ma ancora il suo erede, quando la promessa fu fatta a favore di una Persona giuridica, come il Municipio, la Città, per uno *scopo determinato (fr. 1 §. 1 Dig. de Pollicitat. L, 12)*, come pel conseguimento di un posto onorifico, o per altra *giusta causa*. - Ma se tal promessa fu fatta senza indicazione di uno scopo determinato, non è obbligatoria, ammenochè non avesse avuto un principio di esecuzione (*fr.* 1 §. 2. *fr.* 3 *pr.*, *fr. 6 pr.*, *fr.* 9, *fr. 14 Dig. de Pollicit. L, 12*).

2.º La *Pollicitatio* di una cosa, fatta con uno scopo religioso o di pietà (*votum*), obbliga oltre chi la fece, eziandìo l'erede, quando la promessa fu esteriormente manifestata (*fr.* 2 *Dig. de Pollicit. L, 12*); altrimenti rimane un affare di coscienza, e di competenza del foro interno. Per Diritto Cano-

nico obbliga come promessa fatta a Dio, ancorquando non è esteriormente manifestato.

§ 264. Affinchè esista riunione dei consensi, è necessario che la promessa e l'accettazione corrispondano esattamente fra loro, per tutti i rispetti. Laonde quando il promittente intende obbligarsi sotto una *condizione*, od a *termine*, mentre lo stipulante intende che l'obbligazione sia *pura* e *presente*, non esiste Convenzione, e per conseguenza non nasce obbligazione (*Gajo III*, 102 - *Istit.* §. 5 *de inutil. stip. III*, 19 - *fr.* 1 §. 5 *in f.*, *fr.* 134 §. 1 *Dig. de verb. oblig. XLV*, 1). Lo stesso avviene, se l'una parte intenda di obbligarsi a *dare* un certo oggetto, e l'altra intenda *acquistare* un oggetto diverso. Non esiste Convenzione neppure, se una parte intende di farsi promettere *dieci*, mentre l'altra intende promettere *cinque* (*Istit.* §. 5 *de inut. stip. III*, 19 - *Gajo III*, 102). Nè varrebbe dire in tal caso, che almeno per *cinque*, vi è consenso delle parti, e perciò per questo meno valere l'obbligazione; imperocchè a taluno possa far comodo dieci e non cinque, e per dieci avere voluto stipulare, mentre per cinque stipulato non avrebbe. Ma se il Creditore consente a ricevere *cinque*, mentre credeva che gli fosse promesso *dieci*, la obbligazione per quei *cinque* varrà. (Così hanno da intendersi i *fr.* 1 §. 4 *Dig. de verb. oblig. XLV*, 1 - *fr.* 15 *de accept. XLVI*, 4 - *fr.* 83 *Dig. de verb. oblig. XLV*, 1 - *fr.* 52 *Dig. locati XIX*, 2). Allorquando esiste riunione dei consensi, non importa per Diritto Romano, nel maggiore numero dei casi, la maniera con la quale furono prestati: la voce, la scrittura, i gesti, sono tutti mezzi idonei a consentire (*fr.* 4 *Dig. de fide instrum. XXII*, 4 - *fr.* 5 *Dig. eod.* - *fr.* 38 *Dig. de oblig. et act. XLIV*, 7 - *fr.* 52 §. 9, 10 *Dig. eod.* - *fr.* 17 *Dig. de Novat. XLVI*, 2). Taluno fra questi mezzi potrà far nascere qualche difficoltà per la prova del consenso: ma provato che sia, la Convenzione vale. La regola: *qui tacet consentire videtur*, presa nella sua generalità non è giusta. *Qui tacet non utique fatetur*, osserva con molta verità Paolo, nel *fr.* 142 *Dig. de reg. juris*, e sebbene sia vero che chi tace non neghi, (*sed tamen verum est, eum non negare*), pure dal semplice silenzio non si può presumere il con-

senso, se non quando chi tace *doveva* e *poteva* nelle circostanze del fatto contradire, e non lo fece (*fr.* 11 §. 4 *Dig. de interrog. in jur. XI*, 1 - *fr.* 16 *Dig. de Sol. Matrim. XIV*, 6 - *fr.* 63 *Dig. de re judic. XLII*, 1). Qualora le parti avessero stabilito, che la Convenzione dovesse rivestire una certa forma, dovesse p. e. essere redatta per iscritto, avrebbesi da esaminare se loro intenzione fu di far dipendere il consenso e la perfezione del contratto dalla Scrittura, o se vollero la Scrittura come semplice mezzo di prova (*Vinnius ad pr. Instit. III*, 23). Nel primo caso è evidente, che la convenzione non è valida, finchè non fu redatta in iscritto; nel secondo invece, lo è subito. Nel dubbio sull'intenzione delle parti, siccome la convenzione consiste nel consenso, ed il consenso anche tacito, non che verbale, basta a concluderla: si ha da ritenere che la scrittura sia stata voluta soltanto qual mezzo probatorio. (1). Se la

(1) In Toscana essendo in vigore tuttora gli Articoli 1341 a 1348 inclusive, del Codice Civile Francese, deve essere fatto un Istrumento avanti Notaro, o una Scrittura privata, sopra qualunque cosa, la quale ecceda la somma di Lire 150 francesi (pari a Lire 178. 11. 4. Toscane), come anche pei depositi volontarj. E non è ammessa veruna prova per mezzo di testimonj, tanto contro, quanto in aggiunta al contenuto degli atti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente, o posteriormente agli atti medesimi, ancorchè si trattasse di una somma o valore minore di 150 lire (francesi). - Resta però in vigore quanto è prescritto nelle leggi relative al commercio (*Art.* 1341.).- La regola precedente si applica al caso in cui l'azione, oltre alla domanda del capitale, contenga quella degli interessi, i quali uniti al capitale oltrepassino la somma di 150 lire (*art.* 1342). - Quegli che ha fatto una domanda per una somma eccedente le 150 lire, non può essere più ammesso alla prova testimoniale, ancorchè restringesse la sua prima domanda (*art.* 1343) - Non può essere ammessa la prova testimoniale sopra la domanda di una somma anche minore di 150 lire, quando sia dichiarato, che una tal somma è un residuo e parte di un credito maggiore, il quale non è provato per iscritto (*art.* 1344). - Se nella medesima petizione una parte fa più domande, delle quali non abbia documento in iscritto, e che congiunte insieme eccedano la somma di lire 150, la prova dei testimonj non può essere ammessa, ancorchè la parte sia per allegare che tali crediti provengano da cause differenti, e che furono formati in differenti tempi, purchè simili ragioni non derivassero da diverse persone per titolo di successione, donazione, o altrimenti (*art.* 1345). - Tutte le domande da qualunque causa procedano, che non saranno interamente giustificate in iscritto, dovranno essere proposte in un medesimo atto di citazione, dopo il quale non potranno riceversi altre domande, delle quali non esista la prova in iscritto (*art.* 1346). - Le regole superiormente stabilite, soggiacciono ad eccezione, quando esiste un principio di prova per iscritto. È principio di

riunione dei consensi esiste, ha vita la Convenzione, tuttochè la promessa e l'accettazione non sieno state assolutamente contemporanee; basta che coesistano almeno un momento; in generale la promessa può essere accettata finchè non è stata ritirata dal promittente; ma in certi negozj, massime commerciali, il ritardo ad accettare protratto oltre l'usato, vale rifiuto; e comunque il promittente non abbia ritirato espressamente la sua promessa, rimane sciolto. Del resto in questioni di questo genere, tutto dipende dalle circostanze del fatto, dalla buona fede delle parti, e dagli usi dei paesi.

§. 265. Il Consenso deve essere serio, libero, illuminato; gli mancano questi caratteri, quando chi lo prestò fu indotto a consentire da Dolo, Violenza, od Errore. - È importante esaminare gli effetti di questi vizj del Consenso.

Dolo

§. 266. La voce Dolo (*Dolus*), nel suo più esteso significato, indica (l'abbiamo detto sopra §. 247 pag. 22), *prava e positiva intenzione di nuocere*; ma in un senso più limitato, *Dolus* significa *inganno*. Sotto questo punto di vista, i Romani lo distinguevano in *Dolus Bonus* e *Dolus Malus*, secondo che l'inganno veniva adoperato per conseguire un resultamento lodevole, o almeno lecito (*fr.* 1 §. 3 *Dig. de dolo malo IV*, 3. - *Istit.* §. 8 *de oblig. quæ ex delicto nasc. IV*, 1), o invece era adoperato per danneggiare, e recare nocumento ad altri. Noi vogliamo trattare qui del Dolo Malo, del quale Labeone diceva: « *dolum ma-*

prova per iscritto qualunque atto redatto con Scrittura, proveniente da quello contro cui si propone la domanda, o da colui che lo rappresenta, e che rende verosimile il fatto allegato (*art.* 1347). - Le predette regole soggiacciono pure anco ad eccezione, ogni qualvolta non sia stato possibile al creditore, di procurarsi una prova scritta della obbligazione, che è stata contratta verso di lui. Questa seconda eccezione si applica: 1. alle obbligazioni che nascono dai quasi contratti o dai quasi delitti: 2. ai depositi necessarj fatti in caso di incendio, rovina, tumulto, e naufragio, ed a quelli fatti dai viaggiatori nelle osterie dove alloggiano, e ciò secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto: 3. alle obbligazioni contratte in caso di accidenti impreveduti, che non permettessero di fare atti per iscritto: 4. nel caso in cui il creditore avesse perduto il documento, che a lui serviva di prova per iscritto, in conseguenza di un caso fortuito impreveduto, e proveniente da una forza irresistibile (*art.* 1348).

» *lum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad » circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.* » (*fr.* 1 §. 2 *Dig. de dolo malo IV*, 3 - *conf. fr.* 7 §. 9 *Dig. de pactis II*, 14 - *fr.* 45 §. 2 *Dig. de contrah. emt. XVIII*, 1). Quando ambedue le parti sono in Dolo, si fa luogo a compensazione fra il Dolo dell'una ed il Dolo dell'altra parte, senza aver riguardo all'estensione del Danno resultante dal Dolo respettivo; ed a niuna fra esse lice sperimentare una azione per ottenere l'esecuzione dell'obbligazione, nè per conseguire il risarcimento del Danno (*fr.* 57 §. 3 *Dig. de contrah. emt. XVIII*, 1 - *fr.* 34 §. 3 *Dig. eod.* - *fr.* 36 *Dig. de dolo malo IV*, 3 - *fr.* 54 *pr. Dig. de reg. juris L*, 17). - Se poi una sola delle parti è colpevole di Dolo, bisogna distinguere: se il Dolo fu adoperato in uno dei *negotia stricti juris*, oppure in uno dei *bonæ fidei negotia*.

a) Il Dolo nei *negotia stricti juris*, autorizzava la parte che ne era stata vittima, ad intentare l'*actio doli*, od a chiedere la *in integrum restitutio*. In un modo o nell'altro, il Giudice dichiarava risoluto il contratto. L'*actio doli* (azione introdotta dal Pretore) faceva conseguire il risarcimento di qualunque danno, ed il reo convenuto, condannato in conseguenza della medesima, incorreva nell'infamia (*fr.* 18 *pr.* §. 1, 4 *Dig. de dolo malo IV*, 3 - *fr.* 1 *pr. Dig. de his qui not. inf. III*, 2). - Se poi il contratto non fosse stato eseguito, la persona che era rimasta vittima del Dolo, era dal Pretore soccorsa mediante l'*exceptio doli* (*Gajo IV*, 116, 19 - *Istit. pr. de Exceptionibus IV*, 13 - *Dig. Tit. de doli et metus exceptione XLIV*, 4). Tanto l'*actio* quanto l'*exceptio doli*, erano personali; era lecito intentarle soltanto contro il colpevole di dolo (*fr.* 2 §. 1 *Dig. de doli exc. XLIV*, 4, - *fr.* 4 §. 27 - 33 *Dig. eod. fr.* 15 §. 6 *Dig. de dolo malo IV*, 3). Allorquando la risoluzione del contratto fosse stata impossibile, od essa non fosse riuscita bastevole a indennizzare la parte lesa, questa poteva con l'*actio doli* ottenere il risarcimento dei danni e gli interessi, od una riduzione nella prestazione dovuta (*fr.* 18 *pr.* §. 1 - 4 *Dig. de dolo malo IV*, 3).

b) Il Dolo nei *negotia bonæ fidei*, dava diritto alla parte lesa, di non soffrirne le conseguenze senza bisogno che il Pretore la

soccorresse o con l'*actio*, *o con l'exceptio doli*; per l'indole stessa di questi contratti vi era difesa contro il dolo (*fr. 152 §. 3 Dig. de reg. juris L, 17), bonæ fidei judicio, exceptiones doli mali insunt.* E se l'*exceptio doli* non avesse potuto giovare, perchè già eseguito il contratto, la parte lesa poteva con l'azione derivante dal contratto stesso, ottenere il risarcimento del danno sofferto; poichè quando era sperimentata una azione derivante da un negozio di buona fede, dovevasi giudicare *ex æquo et bono, ut inter bonos agier oportet* (*Istit. §. 5 de emt. et vend. III, 23 - fr. 7 §. 3 Dig. de dolo malo IV, 3 - fr. 9 pr. Dig. eod. - fr. 11 §. 5 Dig. de act. emti XIX, 1 - cost. 5 Cod. de rescind. vend. IV, 44 - cost. 2 Cod. de act. emti IV, 49*). - Se non che in questi contratti di buona fede, si distingueva il *dolus causam dans*, dal *dolus incidens. Dolus causam dans*, o *principale*, è il Dolo che fu causa della Convenzione, talchè senza di esso la Convenzione non sarebbe stata conclusa, dalla persona che ne fu vittima; *Dolus incidens* o *incidentale*, è il Dolo che ebbe influenza sopra alcuni accessorj della convenzione, la quale sarebbe stata conclusa ancora senza l'uso del Dolo. - Or bene, il Dolo *principale* autorizzava la parte lesa ad ottenere la risoluzione della convenzione (*fr. 12 §. 1 Dig. de jure dotium XXIII, 30 - fr. 7 Dig. de dolo malo IV, 3 - fr. 11 §. 5 Dig. de act. emti XIX, 1*), il dolo *incidentale* non dava diritto, che ad ottenere un risarcimento del danno, od una diminuzione della prestazione dovuta dalla parte, che fu ingannata (*fr. 13 § 4 fr. 32 Dig. de act. emti XIX, 1 - fr. 45 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1*). - Ma poteva darsi, che di Dolo si fosse reso colpevole una persona diversa da quelle due che figurano nella convenzione, respettivamente come creditore e debitore; allora con l'*actio doli* si sarebbe potuto ottenere da essa, il risarcimento dei danni, e gli interessi (*fr. 7 pr., fr 15 §. 3, fr. 17 pr. Dig. de dolo IV, 3*).

Violenza.

§. 267. La Violenza, che viene esercitata per costringere taluno a concludere una Convenzione, se *fisica* (*vis*) è causa di nullità della convenzione stessa; e se è *morale*, vale a dire

fu mediante l'impressione del timore (*metus*), che la con-
nzione fu contratta, per Diritto Romano a rigore non avrebbe
nullato tal Convenzione: perchè i Giureconsulti Romani imbe-
iti dei principj della stoica filosofia, ritenevano, che la volontà
munque coatta, fosse pure sempre volontà (*fr. 21 §. 5 Dig.*
uod metus causa). Se non chè il Pretore dava al Debitore
exceptio quod metus causa, contro il creditore che avesse ri-
iesto la esecuzione della obbligazione contratta sotto l'impres-
one del timore; e se la esecuzione fosse avvenuta, l'*actio*
etus causa per ottenere il risarcimento del danno. Inoltre la
arte lesa qual mezzo sussidiario, poteva implorare la *in inte-*
rum restitutio (*fr. 9 §. 3 - 6 Dig. quod metus causa IV, 2*
cost. 3 Cod. de his quæ vi II, 20 - cost. 2 Cod. de rescind.
end. IV, 44). L'*actio quod metus causa* potè essere eserci-
ata dal debitore, ancora nei *bonæ fidei negotia*, perchè più van-
aggiosa dell'azione nascente dal Contratto, con la quale avrebbe
otuto d'altronde, sottrarsi alle conseguenze pregiudicevoli della
iolenza (*fr. 21 §. 4 Dig. quod metus causa IV, 2 - cost. 1*
3 Cod. de rescind. vendit. IV, 44); la diciamo più vantaggiosa,
erchè se il reo convenuto non restituiva volontariamente ciò
he doveva, veniva condannato a pagare il quadruplo (*fr. 14*
. 1, 2, 7, 10, 14 Dig. quod metus causa IV, 2 - fr. 12 pr.
r. 41 §. 2 Dig. eod). L'*actio* e l'*exceptio quod metus causa*
non erano, alla pari dell'*actio* e dell'*exceptio doli*, personali
(*in personam*), ma erano *in rem scriptæ*, vale a dire potevano
essere sperimentate, oltre che contro la persona che aveva eserci-
tato la violenza, ancora contro chi aveva risentito vantaggio dalla
medesima. Laonde l'*exceptio quod metus causa* avrebbe potuto
essere opposta alla persona, con la quale fu conclusa la conven-
zione, sebbene non essa, ma un terzo estraneo fosse stato l'au-
tore della violenza (*fr. 4 §. 33 Dig. de doli et metus exc.*
XLIV, 4), e l'*actio quod metus causa* avrebbe potuto speri-
mentarsi, oltre che contro la persona autore della violenza, ezian-

Errore ed Ignoranza.

§. 268. Errore ed Ignoranza, moralmente parlando, non sono la stessa cosa, ma nel Diritto Civile Romano producendo gli effetti stessi, se ne tratta sempre insieme *(Vedi Dig. Tit. de juris et facti ignorantia XXII, 6 - Cod. eod I, 18)*. L'errore e l'ignoranza diconsi *di fatto* (*facti*) o di *diritto* (*juris*), secondo che si riferiscono ad un punto di fatto o di diritto (*fr. 1, 2 Dig. h. t. XXII, 6*).

a) L'Errore *di fatto*, quando non dipenda da una supina negligenza, e sia errore nel *fatto altrui*, scusa (*fr. 2, 4 Dig. h. t. - fr. 9 pr. Dig. eod.*): l'errore nel *fatto proprio* generalmente non merita scusa (*fr. 3 pr, fr. 5 Dig. h. t. - fr. 7 Dig. ad XVI, 1 - fr. 5 §. 1 Dig. pro suo XLI, 10 - fr. 42 Dig. de reg. juris L, 17.*)

b) L'errore *di Diritto* per regola non merita scusa, perchè niuno dotato di capacità ordinaria, deve ignorare la legge o errare sulla medesima (*fr. 9 §. 5 Dig. h. t. - cost. 12 Cod. eod. - cost. 9 Cod. ad leg. falcid. VI, 50*). In generale non lice attaccare un atto concluso per errore di diritto, ammenochè non si tratti di evitare una perdita (*fr. 7, 8 Dig. h. t.*). Si scusa l'errore di diritto se per circostanze speciali, la persona che ne fu vittima, non avesse avuto mezzo di istruirsi su quel punto di diritto intorno al quale errò (*fr. 9 §. 3 Dig. h. t. - fr. 10 Dig. de bon. poss. XXXVII, 1*). Le Donne, i soldati, le persone rustiche, come persone che hanno minori opportunità di conoscere la legge, e minore attitudine ad intenderla, sono trattate con più indulgenza delle altre, quanto alle conseguenze dell'errore di Diritto (*fr. 8, fr 9 pr. Dig. h. t. - fr. 38 §. 2 Dig. ad leg. Jul. de adult. XLVIII, 5 - cost. 11, 13 Cod. h. t. - fr. 9 §. 1 Dig. h. t. - cost. 1 Cod. eod. - fr. 2 §. 7 Dig. de jure fisci XLIX, 14. - cost. 8 Cod. qui admitti ad bon. poss. VI, 9*). I Minori poi possono sempre ottenere la restituzione in intiero per gli atti pregiudicevoli che avessero eseguito, errando sia in fatto sia in diritto, quando nessuna frode possa essere loro imputata (*fr. 7 §. 6 Dig. de minor. IV, 4 - fr. 9 pr. Dig. de juris et

facti ignor. XXII, 6). Premesse queste nozioni generali, sono da esaminare gli effetti dell'errore nelle Convenzioni.

§. 269. L'errore sull'*indole* della Convenzione, e sull'*oggetto* della prestazione: annulla la Convenzione medesima (*fr. 18. Dig. de rebus creditis XII, 1 - fr. 9 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1*). Lo stesso dicasi dell'errore sulle *qualità essenziali* della cosa, che è oggetto della prestazione. L'errore sulle *qualità accessorie della cosa*, objetto della Convenzione, per regola non l'annulla, per altro può dare secondo i casi diritto ad ottenere risarcimento di danni, da chi trasse in errore (*fr. 10, fr. 11 §. fr. 14, fr. 45 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - fr. 21 §. 2 Dig. de act. emti XIX, 1*). Ma ove consti, che senza l'erronea credenza intorno a qualità accessorie della cosa, la Convenzione non sarebbe stata conclusa, allora l'errore annulla la Convenzione stessa (*fr. 58 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1*). - Queste regole valgono eziandìo per l'errore sull'*estensione*, sulla *quantità*, o sul *valore* dell'oggetto (*fr. 58 Dig. de contrah. emt. e fr. 34 Dig. eod. XVIII, 1*), - L'errore sulla persona con cui contrattiamo, non ha influenza, se non quando è in considerazione di una data persona, che la Convenzione è stata conclusa come p. e. nelle Donazioni, nelle Società, nel Mutuo, nella costituzione di Dote, ec. (*fr 6, fr. 7 §. 1, fr. 8 Dig. de cond. ob caus. dat. XII, 4 - fr. 32 Dig. de reb. cred. XII, 1 etc. etc.*). - L'errore sui motivi, che hanno spinto le parti a concludere la Convenzione, non la vizia: ammenochè quei motivi non sieno stati una condizione espressa della medesima, o ammenochè uno dei Contraenti non abbia consentito credendosi giuridicamente obbligato a concluderla (*fr. 58 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - fr. 5 §. 1 Dig. de act. emti XIX, 1 - fr. 3 §. 7 Dig. de condict. causa data XII, 4 - fr. 65 §. 2 Dig. de condict. indeb. XII, 6*).

§. 270. Ove i Contraenti abbiano nascosto sotto le apparenze di una data Convenzione, una Convenzione diversa, si verifica *Simulazione*. La regola che domina questa materia è: *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*, regola espressa nella rubrica del *Tit. XXII. Lib. IV.* del Codice Giustinianeo. - Laonde se le parti, mentre non intendevano a contrarre un rap-

porto obbligatorio fra loro, lo simularono, non vi è convenzione (*fr. 55 Dig. contrah. emt. XVIII*, 1 - *fr. 3* §. *2. fr. 54 Dig. de oblig. et act. XLIV, 7 - cost. 21 Cod. de transact. II, 4*), e se sotto le apparenze di una data Convenzione, ne vollero concludere una di specie diversa, bisogna stare a ciò che vollero fare realmente, e non a ciò che finsero di fare (*fr. 36, fr. 38 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - fr. 6* §. *1 Dig. de act. emti XIX, 1 - fr. 46 Dig. Locati XIX, 2 - fr. 5* §. *5, fr. 7* §. *6, fr. 32* §. *24, 25 Dig. de donat. int vir. et ux. XXIV, 1*).

§. 271 Il Subjetto, l'Objetto, il Consenso, sono questi tre estremi della Convenzione in generale; senza di questi, Convenzione non esisterebbe. Ma in ogni Convenzione in particolare, oltre questi estremi, esistono:

a) degli *elementi essenziali*,

b) degli *elementi naturali*,

c) degli *elementi accidentali* o *accessorii*.

§. 272. a) Elementi *essenziali*, sono quelli senza i quali una speciale Convenzione non esisterebbe, o muterebbe natura (*fr. 54 Dig. de oblig. et act. XLIV, 7*). Tale è verbigrazia, nella compra e vendita il prezzo, senza del quale havvi Donazione (*Istit.* §. *1, 2 de Emt. et Vendit. III, 24*) o non esiste convenzione.

b) Elementi *naturali*, sono quelli che resultando dalla natura di una data convenzione, vi si sottintendono compresi, sebbene le parti non li abbiano espressi (*fr. 3 Dig. de reb. cred. XII, 1 - fr. 72 pr. Dig. de contr. emt. XVIII, 1*). Lice alle parti, con espresse convenzioni accessorie, mutare questi elementi; a mo' di esempio, è della natura del contratto di compra e vendita, che appena perfezionato il contratto pel consenso, anche prima della Tradizione, la cosa sia a pericolo del compratore: e qualora venga a perire senza colpa del venditore, la perdita della medesima ricada a carico del compratore: il quale per quella perdita non è liberato dall'obbligo di pagare il prezzo. Ma siccome tutto ciò è della natura, non dell'essenza del contratto di Compra e Vendita, si può benissimo convenire il contrario; se non che la persona la quale invoca questa convenzione accessoria, derogatoria a quell'elemento naturale del contratto, deve provare l'esistenza della medesima (*Istit.* §. *3 de emt. et vendit. III, 14*).

c) Elementi *Accidentali o Accessorii* di una data Convenzione sono quelli, che senza essere della *Natura* della Convenzione, e molto meno dell'*Essenza* di lei, vi sono aggiunti in forza di una clausula particolare: esempigrazia il patto della retrovendita. Fra gli accidentali delle Convenzioni, sono le:

Modalitá.

§. 273. La Convenzione, come qualunque altro atto giuridico, può essere conclusa: a *tempo*, o sotto *condizione*; un *modo* può essere stato aggiunto alla medesima, oppure una *clausula penale*, od una *caparra*. É questo il luogo opportuno di trattare, sebbene brevemente, di siffatte Modalità.

a) Tempo (Dies).

Altrove abbiamo già parlato della apposizione del Tempo (*Dies*) all'esercizio dei Diritti (*vedi Introduz.* §. *232 pag. 157 Vol. I.*); ora, quanto all'apposizione del tempo ad una Convenzione, aggiungiamo, che quella apposizione può verificarsi: o perchè la Convenzione cominci da un dato giorno (*dies a quo, ex die*), oppure perchè cessi al giungere di un dato giorno (*dies ad quem, in diem*). Sono su questo proposito da riscontrarsi le espressioni testuali contenute nei *fr, 44* §. *Dig. de oblig. et action. XLIV, 7 - fr. 56* §. *4 Dig. de verb. oblig. XLV,* 1,e nel §. 2 *Istit. de verb oblig. III, 15*). Relativamente al tempo *a quo*, meritano menzione le locuzioni: *dies cedit, dies venit. Dies cedit*, in generale significa essere giunto il giorno in cui si acquista un Diritto, *dies venit* essere giunto il giorno in cui il Diritto acquistato può essere tratta all'esercizio (*fr. 213 pr. Dig. de verb. Signif. L, 16*). In materia di Diritti Patrimoniali, emergenti da un Rapporto obbligatorio concluso per Convenzione, *dies cedit* e *dies venit* appena la Convenzione è conclusa, se essa è *presente*, cioè senza apposizione di tempo. Se poi un tempo fu apposto alla medesima, *dies cedit* subito, ma *dies venit* quando è scorso il tempo apposto all'esecuzione di lei: vale a dire il vincolo obbligatorio ha subito vita, ma non si può esercitare dal Creditore il Diritto che ne deriva, se non che scorso il tempo stabilito. Il *tempo* dunque, non sospende l'acquisto del Diritto Patrimoniale

emergente da un Rapporto obbligatorio, ma sospende l'esercizio del Diritto stesso; il debito esiste, solamente è ritardato il pagamento del medesimo. E però il Creditore trasmette questo suo Diritto ai proprj eredi, qualora egli venga a morire prima che sia giunto il momento di poterlo esercitare. Vedremo in seguito come in materia di Testamenti e di Legati, procedano regole diverse; allora ne spiegheremo la ragione.

b) Condizione (Conditio).

La Condizione è: un evento incerto e futuro, dal quale si fa dipendere l'acquisto o la perdita di un Diritto; onde la distinzione fra Condizione *sospensiva* e *risolutiva*. La *condizione* sospensiva, nelle Convenzioni sospende l'esistenza del vincolo obbligatorio. La *risolutiva*, scioglie il vincolo obbligatorio. Impropriamente la *risolutiva* si chiama *condizione*, perchè il rapporto obbligatorio concluso con essa, in realtà è *puro ed incondizionato*, soltanto cessa al verificarsi di un dato evento (*purum, quod sub Conditione resolvitur - fr.* 3 *Dig. de contr. emt. XVIII, 1 - fr. 2 pr.* §. 1, *fr. 4* §. 3 *Dig. de in diem addict. XVIII, 2 - fr. 1 Dig. de lege comm. XVIII, 3*). Le Condizioni si distinguono in *Affermative* e *Negative*, secondo che l'efficacia loro dipende dalla verificazione o non verificazione di un dato evento. Si distinguono ancora in *Potestative, Casuali* e *Miste.* Chiamansi *Potestative*, quelle la cui verificazione dipende dalla volontà della persona, il diritto della quale è sottoposto a condizione; *Casuali* quelle la cui verificazione dipende dal caso; *Miste* quelle in cui tal verificazione dipende, in parte dalla volontà della persona, ed in parte dal caso (*cost. un.* §. 7 *Cod. de caducis tollendis VI, 51*). Comunemente si fa pure la distinzione delle Condizioni: in Condizioni *possibili*, ed *impossibili*; e si dicono tali *fisicamente* o *moralmente*, secondo che il loro verificarsi è possibile o impossibile per le leggi naturali, morali, o giuridiche (*Istit.* §. 11 *de inut. stip. III, 19 - fr. 15 Dig. de cond. instit. XXVIII, 7*).

c) Modo (Modus).

Il Modo, è: lo scopo, il fine certo apposto ad una prestazione; per esempio ti dò cento perchè tu eriga un monumento (*fr.*

80 in f. Dig. de condit. et demonstr. XXXV, 1). È importante distinguere il *Modo* dalla *Condizione*. Una somma promessa, *purchè*, o *se*, taluno eseguisca un dato lavoro, è promessa sotto condizione (*si monumentum fecerit*): la somma stessa promessa *perchè*, *affinchè*, *onde* taluno eseguisca qual dato lavoro (*ut monumentum faciat*): è promessa con apposizione di *modo*. Differenti sono gli effetti della *Condizione*, da quelli del *Modo*. - 1.º La somma promessa sotto condizione, non può essere richiesta dalla persona cui venne promessa, se non dopo la verificazione della condizione (nell'esempio nostro, dopo eseguito il monumento); la somma promessa con apposizione del modo, può essere richiesta prima dell'esecuzione del lavoro, perchè appunto deve essere impiegata ad eseguire quel lavoro. 2.º La condizione sospende l'atto, il modo lo lascia in vigore (*fr. 80 Dig. de condit. et demonst. XXXV, 1 - fr. 17 §. 2 de manum. testam. XL, 4,- fr. 44 Dig. eod.- fr. 41 Dig. de contr. emt. XVIII, 1*). 3.º Non si può esigere l'adempimento della condizione, quand'anche fosse una condizione potestativa, mentre si può esigere l'adempimento del modo; e quando sia certo che non verrà adempiuto, abbiamo diritto di esigere la restituzione di ciò che fu dato perchè fosse adempiuto (*cost. 3 Cod. de donat. quæ sub modo VIII, 55, - cost. 9, e 22 Cod. de donat. VIII, 54 - cost. 2 Cod. de his quæ sub modo leg. VI, 45*). Qualora il Modo interessi il solo beneficato, e non chi deve prestare l'emolumento, questi non può costringere quello, all'esecuzione del modo (*fr. 13 §. 2 Dig. de donat. int. vir. et ux. XXIV, 1*). E se pel beneficato non stà che sia eseguito, si ritiene come eseguito (*cost. 1 Cod. de his quæ sub modo leg. VI, 45*).

d) *Clausula penale* (Stipulatio Pœnæ).

È una Convenzione accessoria, con la quale il Debitore promette una prestazione al Creditore, pel caso in cui, non eseguisca per propria colpa l'obbligo, che con la Convenzione Principale ha assunto (*Istit. §. 7 de verb. oblig. III, 15 - §. 19 de inutil. stipul. III, 19 - fr. 11 §. 2 Dig. de recept. IV, 8 - fr. 23 Dig. de oblig. et act. XLIV, 7*). - La Penale è incorsa appena il promittente fa quello che aveva promesso di non fare, se la penale

si riferisce alla promessa di una omissione (*fr. 122 §. ult Dig. verb. oblig. XLV, 1*), e se la penale si riferisce alla promessa di una commissione, è incorsa appena il promittente si trova in mora nell'eseguire la sua obbligazione (*fr. 23 Dig. de receptis IV, 8 - fr. 23 Dig. de obligat. et act. XLIV, 7*). - Allora il Creditore ha la scelta, o di esigere la Penale, o di obbligare il Creditore all' esecuzione dell' obbligazione principale (*fr. 28 Dig. de act. emti* XIX, *1 - fr. 4 §. 7 Dig. de doli mali XLIV, 4 - fr. 10 § 1 Dig. de Pactis II, 14*), ammenochè non sia stato espressamente stipulato, che con la prestazione della Penale, il Debitore non abbia a rimanere liberato dall' esecuzione dell' obbligazione principale (*fr. 115 §. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 11 Dig. de transact. 16, 15 - cost. 17 Cod. eod. IV, 4*). - Ciò è ragionevole. La Penale generalmente rappresenta i Danni e gli interessi dell' inesecuzione dell'obbligazione, liquidati preventivamente dalle parti: sarebbe dunque assurdo, pretendere insieme e la esecuzione dell' obbligazione principale, ed i danni dell' inesecuzione. Ma la convenzione espressa, che si debba insieme Penale ed Esecuzione dell' obbligazione principale, vale: perocchè allora si ritiene, che la Penale sia il resultato della liquidazione dei danni del ritardo (*Vedi Pothier Trattato delle Obbligaz. Parte II. cap V*). - La Clausula Penale essendo una Convenzione Accessoria, la nullità della Convenzione principale, cagiona la nullità pure di essa (*fr. 129 §. 1 Dig. de reg. juris 417 - fr. 69 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*), ma non viceversa (*fr. 97, fr. 123 §. 3 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*). Sebbene la Penale generalmente sia stipulata in una somma di danaro, può consistere anche in altre cose (*fr. 11 §. 2 Dig. de Receptis qui arb. IV, 8*). Per regola la *quantità* della Penale dipende dall' arbitrio dei contraenti, ma è proibito stabilirla in modo da eludere il disposto *delle leggi* in materia di usure (*fr. 9 Dig. de usuris et fruct. XXII, 1 - fr. 13 §. 26 Dig. de act. emti XIX, 1*). Il Giudice dovrebbe allora ridurre la Penale ai termini di giustizia.

e) *Della Caparra* (Arrha).

La Caparra è: ciò che è dato in contrassegno di una convenzione da concludersi, o già conclusa (*fr. 35 pr. Dig. de contr.*

emt. XVIII, 1 - fr. 11 §. *6 Dig. de act. emti)* Se fu data in contrassegno di una Convenzione da concludersi, chi senza causa legittima si ricusa a concluderla: perde detta caparra, se la diede, o deve sborsarne il doppio valore, se la ebbe (*Istit, pr. de emt. vend. III, 23 - cost. 7 Cod. de fide instrum. IV, 21*); se poi la caparra fu data in contrassegno di una Convenzione già conclusa *(arrha confirmatoria)*, servendo soltanto a confermare la convenzione: eseguita che questa sia, detta caparra deve essere restituita, od imputata in ciò che la parte che la ebbe, deve ricevere dall'altra (*fr. 5* §. *5 Dig. de instit. act. XIV, 3 - fr. 11* §. *6 Dig. de act. emt. XIX, 1*). Qualora finalmente, fosse stato fissato, che ognuno dei paciscenti avesse la facoltà di recedere dalla convenzione già conclusa, perdendo la data caparra, o restituendo il doppio della caparra ricevuta, la caparra sarebbe un *arrha penitentialis* o di pentimento (*cost. 3 e 6 Cod. de resc. vend. IV, 44*). Se la Convenzione per la quale fu data la Caparra, è sciolta per comune consenso delle parti, che la conclusero, o non può essere eseguita per cause non imputabili alle parti stesse, la Caparra deve essere restituita (*fr. 11* §. *6 Dig. act. emti XIX, 1 - fr 8 Dig. de lege commissoria XVIII, 3*).

§. 274. Data un idea delle Modalità, che possono esistere in una Convenzione, è necessario ora referire alcune regole speciali, relative a talune di queste Modalità.

a) La Convenzione *potestativa pel debitore*, p. e. *si volueris dari?* (*fr. 46* §. *3 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*), annulla la Convenzione.

b) La Condizione *affermativa*, *impossibile* sia *fisicamente* sia *moralmente*, annulla del pari la Convenzione: p. e. *si digito cœlum attigeris*, *si sororem tuam nupseris tibi* (*Istit.* §. *11 de inut. stip. III, 19 - fr. 26, fr. 35* §. *1 - fr. 123 e fr. 137 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 1* §. *11, fr. 31 Dig. de oblig. et act. XLIV, 7*).

c) La Condizione *negativa impossibile*, se è *impossibile fisicamente*, si considera come *non scritta*, p e. *si digito cœlum non attigero dari spondes?* (*Istit.* §. *11 de inut. stip. III, 19 - fr. 7 in f. Dig. de verb. oblig. XLV, 1*); e se è *impossibile moralmente*, annulla la convenzione, p. e. *si ob maleficium ne fiat*,

promissum est (*fr.* 7 §. 3 *Dig. de pactis II*, 14); se non che quando taluno abbia promesso qualche cosa pel caso, che egli promittente faccia un'azione contraria alle leggi ed al buon costume, con l'avverarsi dell'evento posto in condizione, è obbligato ad adempiere alla promessa; p. e. se fu promesso 100 pel caso in cui si eccitasse il servo altrui a rubare od a fuggire (*fr. 50 Dig. de pactis II*, 14 - *fr.* 121 §. 1 *Dig. de verb oblig. XLV*, 1).

d) Il *Modo, fisicamente o moralmente impossibile*, si considera sempre come *non scritto* (*fr.* 16 *Dig. de Usu et Usufr. XXXIII*, 2 - *fr.* 37 *Dig. de condit. et demonstrat. XXXV*, 1 - *cost.* 8 *Cod. de condict. ob causa dat. IV*, 6).

§. 275. Le Convenzioni per regola, obbligano le sole parti contraenti, non sono obbligatorie per i terzi. *Res inter alios acta, aliis nec nocet, nec prodest* (*cost.* 3 *Cod. ne uxor pro marito IV*, 12 - *fr.* 73 §. 4 *Dig. de regulis juris L*, 17 - *Cod. Tit. inter alios acta reijudicata aliis non nocere VII*, 60). Corollarj di questa regola sono:

a) Che la promessa del fatto di un terzo è nulla.

b) Che la promessa, la quale ridonda a vantaggio *soltanto* di un terzo, è parimente nulla. Questi due Corollarj addimandano spiegazione.

§. 276. (*a*) *La promessa del fatto di un terzo è nulla.* La persona cui tal promessa è fatta, non acquista nessun Diritto, nè contro il promittente, nè contro il terzo, il cui fatto fu promesso. Il terzo non rimane obbligato, perchè la sua volontà non ha concorso alla Convenzione: il promittente non è obbligato, perchè l'objetto, dell'obbligazione è un *impossibile*, nessuno potendo prestare il fatto altrui (*fr.* 38 §. 1 *Dig. de verb. oblig. XLV*, 1 - *fr.* 83 *pr. Dig. eod.* - *Istit.* §. 3, 21 *de inutil. stipul. III*, 19), e perchè non intese di obbligare se, ogni qualvolta non promise il fatto proprio, sibbene l'altrui. - Ma la bisogna procederebbe molto diversamente:

1.° Se taluno invece di promettere il fatto di un terzo, *si obbligasse a far sì, a fare in guisa*, che un terzo desse o facesse: *se effecturum, curaturumve ut det, vel faciat* (*Istit.* §. 3 *de inut. stip. III*, 19 - *fr.* 81 e *fr.* 83, *Dig. de verb. oblig.*

XLV, *1* - *fr. 14* §. *2 Dig. de pecun. constit.* XIII, 5). Tale obbligazione terrebbe, ed avrebbe per effetto di astringere il promittente a pagare i danni e gli interessi, resultanti dall'inesecuzione dell'obbligazione che egli ha garantito.

2.° Se tal altro, si fosse obbligato a pagare una penale o ad indennizzare lo stipulante, pel caso in cui il terzo il cui fatto promise non lo prestasse: la obbligazione di pagare quella penale sarebbe efficace, perchè il fatto del terzo sarebbe quì, soltanto condizione di siffatta obbligazione personale pel promittente (*Istit.* §. *19 de inut. Stip. III, 19* - *fr. 38* §. *17 Dig. de verb. oblig.* XLV, *1*).

3.° Finalmente, se promettendo il fatto di un terzo, abbiamo dato mallevadorìa che quel fatto sarà eseguito, la inesecuzione del medesimo ci obbligherà a indennizzare lo stipulante: perchè facendone in quella guisa garanti del fatto altrui, abbiamo obbligato la persona nostra a rilevare indenne lo stipulante da ogni conseguenza dell' inadempimento di quel fatto (*fr. 5 Dig. de duob. reis constit.* XLV, 2). - Chi promette in parte il fatto proprio, in parte il fatto altrui, rimane obbligato alla prestazione intiera, se ha promesso per se e pel terzo in modo *alternativo*: e *pro rata*, se avesse promesso in modo *copulativo* (*Nov. 115 cap 6* - *Istit.* §. *14 de inut. stip. III, 19* - *fr. 110 pr. Dig. de verb. oblig.* XLV, *1*).

§. 277. *(b) la promessa, la quale ridonda a vantaggio, soltanto di un terzo, è nulla.* Il terzo non può reclamare l'adempimento della obbligazione, questa non essendo stata contratta verso di lui. - Lo stipulante non può neppure esso fare quel reclamo, perchè non avendo alcuno interesse a ciò che ha stipulato a favore di un terzo, e non per se, dall'inesecuzione della promessa non può risentire danno, che lo autorizzi a chiedere un risarcimento; laonde il promittente può violare la sua promessa, e per conseguenza non esiste obbligazione (*Istit.* §. *4 e* §. *19 de inut. Stip. III, 19* - *fr. 38* §. *17 Dig de verb. oblig.* XLV, *1* - *cost. 3 Cod. de inutil. stipul. VIII, 79*). - Tal regola non è applicabile allorquando lo stipulante ha un interesse *personale, proprio*, alla prestazione, che ridonda a favore di un terzo (*Istit.* §. *20 de inutil. stip. III, 19* - *fr. 38* §. *20, 21, 22 Dig. de verb.*

obligat. XLV, 1). Ed esemplificando, se taluno che si era obbligato a costruire un edifizio ad un altro, avendo altri lavori da eseguire, si fa promettere da un terzo estraneo, che desso costruirà cotale edifizio: conclude una convenzione valida, perchè ha stipulato anche nel proprio interesse; ed in vero se l'edifizio non fosse costruito da quel terzo, egli promittente sarebbe obbligato a indennizzare la persona, cui promise di farlo avere. Lo stesso dicasi nel caso, in cui taluno si fosse fatto promettere da un altro, che questi *darà, farà qualche cosa a favore di un terzo estraneo, altrimenti pagherà a lui stipulante 100 a titolo di penale*; se non è la prestazione a favore del terzo, che importa allo stipulante, gli importa la riscossione della penale nel caso di inadempimento: e per cotale interesse che egli ha nella convenzione, la medesima è valida (*Istit.* §. *19 de inut. stip. III, 19 - fr. 38* §. *17 Dig. de verb. oblig* XLV, *1*). Appena è necessario avvertire, che la persona la quale si fa promettere una cosa od una somma di danaro, e che conviene col promittente che costui pagherà o presterà quella somma o quella cosa, in mano di un terzo, suo incaricato a riceverla: non si fa fare una promessa a favore di un terzo, bensì a favore proprio: il terzo è quì soltanto un *adjectus solutionis gratia* (*Istit* §. *4 De inutil. stip. III, 19*). - Negli ultimi stadj del Diritto Romano, in tre casi eccezionali non procede la regola enunciata, cioè *che la promessa, la quale ridonda a vantaggio soltanto di un terzo è nulla*; e sono questi:

a) L'ascendente nel costituire la Dote ad una sua discendente, può validamente convenire col marito, che la Dote dopo lo scioglimento del Matrimonio verrà da esso restituita alla discendente, o ad una terza persona designata. In seguito di questa convenzione, secondo le circostanze, la discendente, o la terza persona, hanno una *azione utile* per conseguire la restituzione di quella Dote (*fr. 45 Dig. soluto matrim.* XXIV, 3 - *cost. 7 cod. de pactis conventis V, 14*).

b) Il Donante nel fare la Donazione, può validamente imporre l'obbligo al Donatario, in una determinata emergenza, di rendere la cosa donata ad un terzo, il quale avrà all'occasione un

azione utile per conseguirla (*cost. 3 Cod. de Donat. quæ sub modo VIII, 55*).

c) Per una Costituzione di Giustiniano, è lecito farsi promettere qualche cosa a favore dei proprj eredi *soltanto*: come è lecito promettere a nome dei nostri eredi *soltanto* (*cost. un. Cod. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant IV, 11*). - Così fu derogato al principio antico, che: *obligatio ab heredibus incipere non potest* (*Gajo III, 100 - II, 232 - Istit. §. 13 de inut. Stip. III, 19*).

§. 278. Dopo aver trattato delle Convenzioni in generale, è opportuno indicare le distinzioni, che si fanno delle medesime.

a) Si distinguono in primo luogo, in *Unilaterali* e *Bilaterali* o *Sinallagmatiche.* Si dicono *Unilaterali*, quando danno vita all' obbligazione di una sola delle parti, come la promessa di donare, che obbliga il solo Donante. - Sono *Bilaterali* o *Sinallagmatiche*, quando danno vita ad obbligazioni reciproche e correspettive per ambedue le parti contraenti, come la Compra e Vendita, la Locazione e Conduzione, la Società (*fr. 19 de verb. Signif. L, 16 - fr. 7 §. 2 Dig. de Pactis II, 14*). In tali Convenzioni ognuna delle parti riveste il doppio carattere di Creditore e di Debitore, ma di prestazioni diverse; p. e. nella Compra e Vendita, il Venditore è obbligato a fare avere la cosa venduta, è debitore della medesima, ed è creditore del prezzo; ed il Compratore viceversa è creditore della cosa venduta, ed è debitore del prezzo. Quando si riflette, che dalle Convenzioni Bilaterali o Sinallagmatiche nascono due obbligazioni, si spiega perchè alcune di siffatte Convenzioni sono indicate con due titoli diversi, l'uno dietro l'altro, come, *Emptio et Venditio*, *Locatio et Conductio*. Due Obbligazioni derivando dalle Convenzioni Bilaterali o Sinallagmatiche, eziandìo due azioni ne nascono: mentre una obbligazione soltanto, derivando dalle Convenzioni unilaterali, ne nasce una sola azione. Ma nelle Convenzioni Unilaterali può avvenire, che il Debitore nell' eseguire la sua obbligazione soffra delle perdite o commetta delle spese, di cui il Creditore per giustizia debba indennizzarlo; la legge gli accorda allora un'azione per costringere il Creditore a prestargli quell' indennità. Cotale azione per altro, deriva da fatti estrinseci alla Convenzione, na-

sce *eventualmente*, e non deriva *direttamente*, e *necessariamente* dalla medesima. Esempigrazia, il Depositario può essere costretto dal Deponente con l'*actio depositi*, a restituirgli ad ogni richiesta la cosa depositata, e tale azione nasce *direttamente* dalla Convenzione del Deposito, e perciò si dice *actio depositi directa*; ma se il Depositario ha fatto delle spese necessarie a conservare la cosa depositata, o se questa gli ha cagionato dei danni che per giustizia egli non debba soffrire: allora per ottenere il rimborso di quelle spese, il risarcimento di questi danni, la legge gli accorda una azione, chiamata anch'essa *actio depositi*, perchè il Deposito le ha dato occasione, ma che *diretta* non si può dire, perchè non nasce *direttamente* dalla Convenzione; essa chiamasi *actio depositi contraria* in contrapposto alla *directa* (*Ist.* §. *2 de pœna temere litig. IV, 16 - fr. 17* §. *1 fr. 18* §. *4 in f. Dig. commodati XIII, 6 - fr. 8* §. *2 Dig. de negot. gest. III, 5 - fr. 1 Dig. de contrar. tut. act. XXVII, 4*). Gli Scrittori odierni di Diritto Romano, dicono queste Convenzioni, dalle quali nascono un azione *diretta* ed una *contraria*, Convenzioni *sinallagmatiche imperfette*, od ancora *Inæquales*, mentre chiamano obbligazione *Sinallagmatiche perfette* o *æquales*, quelle dalle quali nascono due azioni ugualmente dirette. - Nelle Convenzioni Bilaterali o Sinallagmatiche Perfette, non lice ad una parte esigere dall'altra l'esecuzione dell'obbligazione, se non ha eseguito la propria, o non è pronta ad eseguirla (*fr. 13* §. *20, fr. 47 Dig. de act. emti et vend. XIX, 1 - cost. 5 Cod. de act. emti IV, 49 - fr. 13* §. *8 fr. 25 de act. emti XIX, 1- cost. 21 Cod. de Pactis II, 3*); altrimenti la parte avversa potrebbe opporre l'eccezione del non eseguito contratto, *non impleti contractus* (*fr. 13* §. *8, fr. 25 Dig. de act. emti XIX, 1 - fr. 31 in f. Dig. de rebus credit. XII, 1 - fr. 57 pr. Dig. de æd. edict. XXI, 1 - cost. 8 in f. Cod. de act. emti IV, 59 - cost. 21 Cod. de Pactis II, 3*).

b) In *secondo luogo*, distinguono le Convenzioni: in Convenzioni *Gratuite* o *Lucrative*, e Convenzioni *Onerose*. Appellano *Gratuite*, o *Lucrative*, od a *titolo gratuito*, o *lucrativo*, quelle nelle quali una delle parti procaccia all'altra un vantaggio gratuito, senza correspettivo; *Onerose* od *a titolo Oneroso*, quelle nelle

quali ambedue le parti si procacciano respettivamente un vantaggio reciproco.

c) In *terzo luogo*, si distinguono le Convenzioni: in Convenzioni di *buona fede*, e Convenzioni di *stretto gius* (*bonæ fidei negotia, stricti juris negotia*). Convenzioni di *stretto gius*, sono quelle cui il Diritto Civile Romano annetteva efficacia, unicamente perchè una tale o tale altra formalità era stata osservata, formalità che quel Diritto considerava come atte a far nascere obbligazione; ogni altra considerazione era esclusa, ogni circostanza precedente concomitante la convenzione, non era valutata, e non aveva virtù di modificare gli effetti di Convenzioni siffatte. Stando rigorosamente attaccati a quanto una delle parti promise all' altra, il Debitore doveva prestare precisamente quello cui si era obbligato, nè più nè meno: era dunque condannato a prestare un *certum*, vale a dire un che di determinato, e di preciso. Un'espressione in sommo grado caratteristica dello *strictum jus*, occorre nelle celebri parole della legge Decemvirale: *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto*, le quali fissano il principio riprodotto da Celso (*nel fr.* 99 *Dig. de verb. oblig.* XLV, 1), *quidquid adstringendæ obligationis est*, *id nisi palam verbis exprimitur*, *omissum intelligendum est*. Laonde, ove taluno interrogato con le forme solenni prescritte dal Diritto Civile, se avesse voluto dare 100, avesse promesso di dare, rispondendo nel modo sacramentale, correlativamente alla domanda: sarebbe rimasto obbligato a dare i 100, senza che si potesse indagare se quella promessa fosse stata estorta con violenza, o carpita con inganno; avvegnachè lo *strictum jus* sia estraneo all'equità, alla consuetudine, e non rispetti altro che la lettera della convenzione (*fr. 51* §. *20 Dig. de ædil. edicto XX, 1 - fr. 7* §. *3 Dig. de Dolo malo IV, 3*). Dicemmo altra volta (Vedi sopra §. 235, lett. (*a*) pag. 12) come il Pretore per mezzo di *eccezioni* accordate al Debitore, modificò a poco a poco tanto rigore di Gius. - Le Convenzioni di *buona fede* erano state, egli è vero, riconosciute dal Diritto Civile, ma ripetevano l' origine loro dal Diritto delle Genti, avevano conservato la nativa fisonomìa, ed erano per conseguenza regolate dall' equità. Il Debitore in una Convenzione di questo genere, poteva opporre al suo Creditore p. e. essere

stato vittima dell'errore, della frode, ed il *Giudice* doveva *ex officio*, da se, valutare queste circostanze, come ogni altra precedente, concomitante o susseguente, che per equità meritasse considerazione (*ut inter bonos agier oportet*). Quindi è che, il Debitore poteva essere obbligato a prestare, non precisamente *quello* e *quanto* a cui si era obbligato, ma ciò che il Giudice poteva trovare equo che prestasse, e per conseguenza un *incertum* (*fr. 74 §. 1 fr. 75 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 6 Dig. de rebus cred.' XII, 1*). I *bonæ fidei negotia*, erano Convenzioni *bilaterali*, gli *stricti juris negotia*, invece *unilaterali*: ed in queste ultime è notevole, che l'obbligo nasceva dalla legge o dalla promessa solenne; quelle prime erano *bilaterali*, l'obbligazione di una parte si collegava con quella dell'altra; e per determinare ciò che l'una parte doveva, era di mestiere esaminare fino a che punto l'altra parte avesse eseguito la sua promessa (*Gajo III, 157*). Nei *negotia stricti juris* il Debitore era obbligato a *dare*, cioè a trasferire la proprietà; in origine l'oggetto loro non poteva essere che una somma di danaro (onde la *condictio certi*); poi per estensione fu ammesso che potesse esserlo qualunque corpo certo, avente un valore determinato (onde la *condictio triticaria*), e soltanto in ultimo, anche un *facere* potè divenire objetto di stipulazione. Vedremo in seguito, come differente fosse il modo di estinzione delle obbligazioni nascenti dai *negotia bonæ fidei*, e delle obbligazioni nascenti dai *negotia stricti juris.* La diversità fra queste due specie di convenzioni, assai profonda in origine, venne a poco a poco a sparire; i Pretori furono principale causa di questo riavvicinamento: da essi prodotto, specialmente mediante parecchie *exceptiones*, ed in *integrum restitutiones;* ma vi conferì eziandìo il mutamento della procedura, in cui non fu più fatta la pristina distinzione fra il *diritto* ed il *fatto*, ed ancora le disposizioni legislative di Giustiniano, che diedero il carattere di azioni di buona fede ad alcune azioni, anticamente di stretto gius (*cost. 1 Cod. de rei ux. act. V, 15 - cost. 1 Cod. comm. de legat. VI, 43*). Ciò non pertanto, equiparamento assoluto fra lo *strictum jus* e la *bona fides*, non si può dire che avvenisse, ed alcune differenze rimasero sempre, le quali servono a spiegare certe

decisioni, che occorrono nelle fonti del Diritto Romano, di cui altrimenti saprebbesi malamente assegnare un plausibile motivo.

d) In ultimo luogo, la distinzione più importante, che in Diritto Romano si facesse intorno alle Convenzioni, è quella di *Contratti* e di *Patti*. - *Contratti* dicevansi quelle Convenzioni, che nell'antico Diritto producevano una *Obbligazione*, ed una *Azione*. Non furono molte in principio, le Convenzioni di questo genere (*negotia juris*), ma in progresso di tempo fu attribuita importanza giuridica eziandìo ad altre Convenzioni puramente *naturali*, ammettendo che le medesime potessero produrre una *exceptio*, ed un *jus retentionis*. Queste Convenzioni, che non erano i Contratti riconosciuti dal Diritto Civile, che non producevano nè obbligazione civile, nè per conseguenza *azione*, ma soltanto una obbligazione *naturale*, dicevansi *Patti* (*Pacta*, *Pactiones*, *Pacta conventa*). Poi ad alcuni fra questi Patti fu attribuita una *azione*, come ai Contratti; ma anche allora da questi rimasero sempre separati, e distinti. La differenza fra i Contratti ed i Patti, allora non fu più nel produrre quei primi una *azione*, questi secondi una *eccezione*: sibbene nell'avere i Contratti una azione riconosciuta dall'antico Gius Civile, ed i Patti una azione riconosciuta da un Gius più recente. Fra i Patti, alcuni ripeterono l'azione dal Pretore, onde furono detti *Patti Pretorj* (*Pacta Prætoria*), altri dalle Costituzioni Imperiali, e furono chiamati *Patti Legittimi* (*Pacta Legitima*; la Giurisprudenza aveva poi ben presto ammesso, che i patti aggiunti ad un *Contratto di buona fede* (*Pacta Adjecta*), dovessero avere efficacia come parti integranti del contratto medesimo, essendo come una condizione del reciproco consenso; laonde l'azione stessa nascente da quel contratto, fu adoperata per farli valere. I Patti non compresi in queste 3 categorìe, rimasero privi di Azioni, e per distinguerli oggi si chiamano *Nuda Pacta*, *nudæ Pactiones*. - Davano vita ad una obbligazione *naturale* soltanto (*fr. 8 in f. fr 15 pr. Dig. de præscr. verbis XIX 5 - cost. 1 Cod. de pactis conventis V, 14 - fr. 7 §. 4 Dig. de Pactis II, 14 - Paolo II, 14*).

§. 279. Fu detto altra volta, che pei Contratti riconosciuti dal Gius Civile Antico, il Diritto medesimo annetteva la loro pre-

rogativa di produrre azione, a certe circostanze, che ne accompagnavano la conclusione, delle quali alcune erano inerenti a qualunque contratto, altre vi si aggiungevano specialmente, circostanze che oggi vanno sotto il titolo generico e complessivo di *causa civilis* (Vedi sopra §. 234, n. (3) pag. 11). - La *Causa Civilis* più antica, fu il *Nexum*, vale a dire, il Gius Civile antico riconobbe come primi Contratti, ossia come Convenzioni che dessero vita ad una obbligazione e ad una azione, quelle poste in essere con l' antichissima forma simbolica, che serviva a trasferire la proprietà Quiritaria, cioè la *Mancipatio*, atto che si compieva *per æs et libram.* La bilancia, il metallo a peso, le formule sacramentali (*nuncupatio*), che si aggiungevano all'atto della *Mancipatio*, tali furono i primi modi per concludere i Contratti. Fa meraviglia a prima giunta, che i Romani adoperassero le solennità di una vendita, cioè la *Mancipatio*, quando non si doveva nè vendere nè impegnare, ma invece contrarre una obbligazione; ma la meraviglia cessa, quando si riflette che le prime obbligazioni volontarie che i Romani conobbero, furono quelle che si contraggono con la dazione di una cosa; in altri termini chi si obbligava, lo faceva sempre perchè riceveva dall' altra parte una qualche cosa, ed era in correspettività di ciò che riceveva, che si obbligava. - Una parte dunque, dava del danaro, cioè una cosa: l' altra parte in contraccambio si obbligava a *dare*, *facere*, o *præstare*; e si obbligava a questo, mediante la *Nuncupatio*, cioè mediante le formule solenni, che si pronunziavano nel momento della dazione, diverse secondo lo scopo che le parti si proponevano, ma le quali erano la legge della dazione stessa. (*legem mancipii dicere*). Ciò che una parte dava, era dunque quasi il prezzo, di quello che l' altra parte prometteva di dare, di fare, o di prestare. La causa dell' obbligazione risiedeva per conseguenza, nella dazione di una cosa (*res*), che di ordinario era il danaro (*æs*), e nelle parole solenni che l' accipiente pronunziava, obbligandosi in correspettività di ciò che aveva ricevuto (*nuncupatio*, *verba*). Di poi questi due elementi, che da primo dovevano concorrere per dare una causa civile alla obbligazione, (vale a dire la dazione della cosa, e le parole solenni), furono ritenuti anche separati, come valevoli a dar vita

ad una obbligazione Civile; insomma la cosa *sola* (*res*) e le *sole* parole sacramentali (*verba*), furono riconosciute come *causa civilis*. Fu questo un modo assai natùrale di semplicizzare la primitiva forma di contrarre, e per lui si conobbero nel Diritto Civile, dei Contratti e delle Obbligazioni, *re, et verbis*. Poi quando i mezzi grafici vennero comunemente adoperati, ed ogni cittadino ebbe per costume di tenere un registro domestico del suo dare ed avere (*Codex accepti et expensi*), cotal registro fu riconosciuto dal Diritto Civile, tanto che la scrittura su quel registro, le lettere (*literæ*) che vi erano vergate, le quali esprimessero che il danaro si aveva per ricevuto e pesato, supplirono alla *mancipatio*. Siffatta iscrizione fu, non tanto un mezzo di prova, quanto una forma, una *causa civile* di Obbligazione, un Contratto. Per siffatta guisa, la *literarum obligatio* fu ammessa ed ai Contratti *Reali* e *Verbali*, si aggiunsero i *Litterali*. Finalmente in epoca meno remota, il Diritto Civile, assimilandosi sempre più i principj del Diritto delle Genti, che ogni giorno acquistava preponderanza maggiore, riconobbe, accolse, e dichiarò come *causa* di Obbligazione ed Azione, quattro Convenzioni, che si concludono mediante il semplice *consenso* delle parti, le quali sono di un uso giornaliero nella vita, e che appunto derivando dal Diritto delle Genti, sono regolate dalla equità e dalla buona fede naturale: vale a dire la Compra e Vendita, la Locazione e Conduzione, la Società, ed il Mandato. Il *Consenso* adunque, fu un ultima *causa civilis* di Obbligazione. - Con questi Contratti *Consensuali*, fu chiuso irrevocabilmente il catalogo dei Contratti: altri non ne furono riconosciuti dal Diritto Civile, e fu unicamente dietro il riflesso, che la Convenzione per la quale si costituisce un Diritto di Enfiteusi, rassomiglia per un lato al Contratto di Compra e Vendita, per l'altro al Contratto di Locazione e Conduzione, ed è quasi un che di mezzo fra loro, che dall' Imperatore Zénone venne annoveràto qual quinto Contratto Consensuale, il Contratto Enfiteuticario. Per le quali cose, i Contratti in Diritto Romano furono distinti in 4 Categorìe; *Reali*, *Verbali*, *Litterali*, e *Consensuali*. Di ciascheduna di esse separatamente, andiamo adesso a trattare.

(α) Dei Contratti.

(1) Contratti Reali (Obligationes quæ re contrahuntur).

Istit. Lib. III, Tit. 14. Quibus modis re contrahitur obligatio.

§. 280. Esistono Convenzioni, le quali per dare vita ad una obbligazione e ad un azione, addimandano, oltre al *Consenso* delle parti, che l'una di queste *dia* all'altra una cosa (*res*), che l'accipiente si obbliga a *restituire*, o per aver ricevuto la quale, si obbliga a *prestarne* un altra. L'obbligo di *restituire* o di *prestare*, deriva dall'*aver ricevuto;* la condizione essenziale e caratteristica di queste Convenzioni, è dunque, la *Tradizione o Consegna*, di una cosa, che una parte (il Creditore) si fa ad affidare, *credere*, (onde *creditor*), all'altra (il debitore), che contrae pel ricevimento l'obbligo di restituirla, o di prestarne un altra (*fr. 1 Dig. de rebus creditis XII, 1*). Il vincolo obbligatorio nascendo in siffatte convenzioni dalla cosa (*res*), i Romani, quando parlano del modo col quale le medesime si concludono, usano la locuzione, *re contrahitur obligatio*, dalla quale i moderni Scrittori trassero le denominazioni di *Obligationes quœ re contrahuntur*, e di *Contratti Reali.* Il Diritto Civile Romano riconobbe da prima, solamente quattro Contratti Reali: il Mutuo, il Commodato, il Deposito, il Pegno. In origine si addimandava per concluderli, oltre la Tradizione ancora la *Mancipatio*, (*Gajo I, 222 - II, 60*); poi bastò la Tradizione. Il principio di equità naturale sul quale questi Contratti si fondano, (vale a dire che quegli il quale riceve una cosa per restituirla, o per prestarne una altra in contraccambio, contrae l'obbligazione di restituire o di prestare) fu in progresso di tempo esteso ad altri casi, oltre quelli di Mutuo, di Commodato, di Deposito, e di Pegno, già riconosciuti dal Diritto Romano come causa di Obbligazione Civile. E prendendo la parola *res* nel significato più lato, fu ammesso che nascesse obbligazione Civile, eziandìo quando l'accipiente, invece di una *cosa corporale*, avesse ricevuto una *prestazione qualunque*, ad intuito e con l'intendimento di dare, fare, o prestare qualche cosa in contraccambio. Di quì derivò, che si ammisero altri Contratti Reali, oltre quei quattro più antichi surri-

cordati; ma questi più recenti non avendo come quei primi, nomi speciali proprii, ed azioni particolari che prendessero titolo (*actionum nomina*) da essi, furono detti dai Moderni espositori del Diritto Romano *Contratti Reali Innominati*, in contrapposto a quei 4 *Contratti Reali Nominati* (*fr. 2, 3, 4 Dig. de præscr. verbis XIX, 5*).

A) Contratti Reali Nominati.

a) *Del Mutuo* (Mutuum).

Istit. pr. Lib. III. Tit. 14 quibus modis re contrahitur obligatio - Dig. Lib. XII. Tit. 1 de rebus creditis, si certum petatur, et de condictione - Cod. Lib. IV. Tit. 1 si certum petatur.

§. 281. Il Mutuo è: un *Contratto Reale Nominato, mediante il quale una persona, che dicesi Mutuante, dà gratuitamente ad un altra, che dicesi Mutuatario, una somma di danaro, o di altre cose fungibili, affinché divengano sue pel tempo stabilito, scorso il quale deve restituire altrettanto dello stesso genere e qualità.* - Del Mutuo è trattato nelle Pandette sotto il titolo *de Rebus Creditis*, abbenchè nell'Editto del Pretore sotto questo titolo si trattasse, oltre che del Mutuo, eziandìo del Commodato, e del Pegno (*fr. 1 Dig. de rebus creditis XII, 1*). La voce *Mutuum* nella sua accezione primitiva, non indicava il Contratto, sibbene la cosa objetto del medesimo: il Contratto si chiamava *Mutui datio*, poi *Mutuum* fu detto ancora il Contratto.- Estremi del *Mutuo*, sono:

1.° La *Dazione* di una somma di danaro, o di altre cose fungibili, ossia la *Tradizione*,

2.° La qualità di *fungibili*, nelle cose che vengono date,

3.° L'*intenzione* nelle parti di concludere un *Mutuo*,

4.° La *Gratuità* del Contratto.

1.° *Tradizione.*

§. 282. La Tradizione delle cose objetto del Mutuo, trasferisce la proprietà delle medesime nel Mutuatario (*Istit. pr. Quib. mod. re contrah. III, 14 - fr. 2 §. 2, fr. 13, fr. 16, fr. 41 Dig. de reb. cred. XII, 1 - Gajo III, 90*), dalla quale traslazione

di proprietà, i Romani Giureconsulti facevano derivare il titolo di questo Contratto: *Mutuum, quia ex meo fit tuum* (*Vedi Istit. Dig. e Gajo loc. cit.*). Il Mutuo essendo un *Contratto Reale*, cioè un contratto che si perfeziona *re*, esso non esiste finchè non vi ha tradizione; Il *pactum de mutuando*, ossia *di dare*, a Mutuo, èra valido per Diritto Romano, quando era rivestito della forma della *Stipulatio*: non così il patto *di prendere* a Mutuo (*fr. 30 Dig. h. t.*), perchè quello cui tal promessa fosse stata fatta, non avrebbe avuto interesse ad ottenerne l'esecuzione, attesa la gratuità del Mutuo; ma il patto *di prendere a Mutuo* comunque valido, è cosa ben diversa dal Contratto di Mutuo; questo ultimo, ripetiamolo, non esiste finchè non ha avuto luogo, la tradizione. Questa può eseguirsi in tutti i modi dichiarati da noi, quando parlammo di questo modo di acquistare il Dominio, e così anche in quei modi, nei quali i Commentatori dicono esistere *traditio brevi manu*, e *constitutum possessorium* (*fr. 9 §. 8 e 9, fr. 11 fr. 15 Dig. h. t.*), e può essere eseguita eziandìo per mezzo di un rappresentante (*fr. 9 §. 8 Dig. h. t.*). Affinchè la Tradizione produca la traslazione del Dominio, è necessario che quegli il quale dà a Mutuo, sia proprietario delle cose mutuate, e che abbia capacità di alienare (*fr. 2 §. 4 Dig. de reb. cred. XII, 1 - fr. 9 pr. Dig. de auct. et cons. tut. XXVI, 4 - Istit. §. 2 quib. alien. lic. vel non II. 8*). Le cose mutuate da chi non era proprietario, e non aveva Diritto di alienare, possono essere rivendicate; e se queste furono consumate da un possessore di mala fede, può essere sperimentata contro di lui l'*actio ad exhibendum*; se poi furono consumate da un possessore di buona fede, o se furono usucapite, allora si potrà agire con la *conditio ex mutuo*, per ottenere altrettanto (*fr. 11 §. 2 fr. 12, fr. 13, fr. 14, fr. 19 §. 1 Dig. de rebus creditis XII, 1*). Siffatta azione spetta eziandìo al proprietario di una somma di danaro, contro il mutuatario della medesima, se dessa gli fu mutuata ad insaputa di quel proprietario, da un terzo (*fr. 32 Dig. de reb. cred. XII, 1*). In tal caso, gli Espositori più recenti del Diritto Romano, chiamano questa azione, *Conditio Juventiana*, perchè è di *Juventius Celsus* il frammento delle Pandette (*cit. fr. 32 h. t. XII, 1*), che la riconosce e l'ammette. - Il pupillo,

il furioso, in una parola quelle persone che non possono alienare, non possono dare a mutuo (*Gajo II, 80, 81 - Istit.* §. 2 *quib. alien. non licet. II, 8 - fr. 19* §. 1 *Dig. de reb. cred.*).

2° *Cose Fungibili.*

§ 283. Objetto di Mutuo possono essere soltanto cose fungibili, ossia surrogabili, altrimenti non potrebbe concepirsi come nel Mutuatario passasse la proprietà delle cose Mutuate, con l'obbligo in lui di dare altrettanto del medesimo genere e qualità (*Cajo III, 190 Istit. pr. quib. mod. re contrah. oblig. III, 14 - fr. 1* §. 2 *Dig. h. t. XII, 1*) Se invece di cose fungibili, sono date a mutuo cose impiegabili, affinchè il mutuatario le venda, e ne ritenga il prezzo a Mutuo, Mutuo esiste quando l'accipiente ha conseguito il prezzo (*fr. 11 pr. Dig. h. t. - cost. 8 Cod. eod. - fr. 19 pr. Dig. de præscr. verb. XIX, 5*).

3.° *Intenzione nelle parti di contrarre un Mutuo.*

§. 284. Se è vero, che la tradizione della cosa, è il modo col quale si perfezionano i contratti reali, e per conseguenza ancora il Mutuo, è altresì indubitato essere l'intenzione delle parti nel consegnare la cosa, ciò che determina la specie particolare di contratto reale, che le medesime hanno concluso (*fr. 11* §. 1, *fr. 2 Dig. de reb. cred. XII, 1*). Questa intenzione deve essere comune: senza concorde consenso non vi è contratto.

4.° *Gratuità.*

§. 285. Il Mutuo è un contratto gratuito *di stretto gius*, il Mutuatario deve restituire altrettanto in genere, e qualità: non può essere obbligato a dare *più* di quello che ha ricevuto, sebbene per convenzione possa essere autorizzato a dare *meno* (*fr 11* §. 1 *Dig. h. t. XII, 1 - fr. 17 pr. Dig. de Pactis II, 14*). Di qui deriva, che a rigore le parti non possono aggiungere al contratto la Convenzione, che il Mutuatario pagherà delle Usure. Se questa convenzione fosse fatta separatamente, e rivestita della forma civile della *stipulatio,* avrebbe efficacia: ma allora il Contratto non sarebbe più un *Mutuum*, sibbene un *Fœnus* o *Contractus Fœ-*

neratitius (*fr. 33 Dig. de reb. cred. XII, 1 - fr. 58 §. 2 Dig. ad S. C. Trebell. XXXVI, 1 - cost. 1, 3, 7 Cod. de Usuris IV, 32*).

§. 286. Sono da vedersi adesso, gli *Effetti* del Mutuo:

1.° Per la Tradizione, il Mutuatario acquistando il Dominio della cosa mutuatagli, passa in lui il *periculum* ed il *commodum* della medesima. Laonde se la cosa Mutuata perisce dopo la Tradizione, perisce pel Mutuatario. E bene a ragione, imperocchè il Mutuatario non è già debitore di *specie*, bensì di *genere*: e come debitore di genere, potendo surrogare alla cosa perita altra del genere stesso, non è mai nella impossibilità di eseguire la sua obbligazione (*Istit. §. 2 quib. mod. re contrah. oblig. III, 14 - fr. 1 §. 4 Dig. de oblig. et act XLIV, 7*).

2° Il Mutuatario contrae l'obbligo di restituire nel tempo fissato (o se tempo non fu fissato, ad ogni richiesta del Mutuante) *altrettanto in genere e qualità*, di quanto ebbe (*fr. 2, e 3 Dig. h. t. XII, 1*). È questa restituzione *in genere*, che distingue il Mutuo dal Commodato, e da altri Contratti Reali, nei quali si deve *restituire* la stessa *specie* ricevuta. Se objetto del Mutuo fu una somma di danaro, il Mutuante può essere rimborsato (meno convenzione esplicita in contrario) con specie metalliche differenti da quelle ricevute. Non così nel caso, che il Mutuante risentisse danno dal ricevere moneta diversa da quella data (*ex eà re damnum aliquod passurus sit. fr. 99 Dig. de Solut. XLVI, 3*). Allora egli potrebbe esigere di essere pagato in modo, da non soffrire danno alcuno. - Se fra il momento in cui il danaro fu dato a Mutuo, ed il momento in cui deve essere restituito altrettanto, le specie metalliche che furono date, subirono un mutamento di valore, si deve restituire tanto della moneta d'oggi, quanto conguagli il valore, che aveva il giorno del contratto, quella ricevuta, (*argom. fr. 3 Dig. de reb. cred. XII, 1 - fr. 69 Dig. de contrah. empt. XVIII, 1 - cost. 2 Cod. de veteris numismatis potestate XI, 10*), ammenochè non fosse stato espressamente stabilito, doversi restituire l'identica specie di moneta ricevuta (*fr. 5 e fr. 22 Dig. de rebus creditis XII, 1*).

3.° Dal Mutuo, come Contratto Unilaterale, nasce una sola azione, la quale spetta al Mutuante contro il Mutuatario per ottenere la restituzione di ciò che gli diede, azione detta *condictio*

certi ex mutuo (*Istit. pr. quib. mod. re contrah. obl. III*, *14* - *fr. 9 Dig. de reb. cred. XII*, *1*), ed anche *actio mutui* (*cost. 5 Cod. quib. non obiic. longi temp. præscript. VII*, *35*). Nelle nostre fonti non troviamo fatto menzione di una *actio mutui contraria*; ciò è naturale: per l'indole di questo contratto *stricti juris*, non può competere al Mutuatario nessuna azione contro il Mutuante. Ma se quest'ultimo avesse agito in mala fede, col dare esempigrazia monete false o grano avvelenato, il Mutuatario si sarebbe valso, a seconda delle circostanze dell'*actio legis Aquiliæ*, o dell'*actio de dolo*.

§ 287. Merita menzione il Mutuo di danaro, concluso con un figlio di famiglia. Altre volte abbiamo accennato, come il Senatusconsulto Macedoniano (dei tempi dell'Imperatore Claudio, e rinnuovato in quelli di Vespasiano. *Vedi Eineccio antiq. Rom. IV*, *7*), stabilì che col dare danaro a Mutuo ad un figlio di famiglia, non si facesse nascere a carico di quest'ultimo obbligazione civile; perocchè se il Mutuante ne richiedesse la restituzione, egli potesse essere respinto con l'*exceptio Senatusconsulti Macedoniani* (*fr. 1 pr. Dig. de S. C. Macedoniani XIV*, *6*). Il Senatusconsulto Macedoniano, (le cui parole sono riferite *nel fr. 1 pr. Dig. h. t. XIV*, *6*), mentre non riconosce esistere obbligazione *civile* nel figlio di famiglia pel danaro mutuatogli, riconosce esistere in lui una obbligazione naturale. Tale obbligazione, appunto come Naturale può essere opposta, in compensazione dal Creditore (*fr. 6 Dig. de Compensat. XVI*, *2*), può essere objetto di mallevadorìa, quando questa sia stata prestata con lo scopo di salvare dalle conseguenze *dell'exceptio S. C. Macedoniani*, il Mutuante (*fr. 7* §. *1 Dig. de except. XLII*, *1* - *fr. 9* §. *5 Dig. h. t. XIV*, *1*), e dà diritto al creditore *alla soluti retentio*, se il figlio di famiglia, o il padre suo pagarono (*fr. 9* §. *4*, *5 fr. 10 Dig. h. t. XIV*, *6* - *fr. 40 pr. Dig. de condit. indeb. XII*, *6*). - L'eccezione del Senatusconsulto Macedoniano, può essere opposta dal figlio di famiglia, non solamente finchè è sottoposto alla patria potestà, ma ancorquando è divenuto *sui juris*; e può essere opposta, oltre che dal figlio, eziandìo dal padre, e dagli eredi dell'uno e dell'altro (*Istit.* §. *7 quod cum eo IV*, *7* - *fr. 9* §. *3 Dig. h. t. XIV*, *6* - *fr. 7* § *10 Dig. eod.*).

Può essere opposta in qualunque stadio del Giudizio, e perfino dopo la Sentenza (*fr. 11 h. t. XIV, 6*), per impedirne la esecuzione.

§. 288. Nei casi, che andiamo ad enumerare, nè il Padre nè il Figlio, possono valersi dell' *Exceptio Senatusconsulti Macedoniani*:

1.° Quando il padre avesse consentito al Mutuo contratto del figlio o lo avesse ratificato (*fr. 7 §. 15, fr. 91 §. 3 Dig. h. t. XIV, 6 - cost. 2, e 7 pr. Cod, ad S. C. Maced. IV, 28*). Si riterrebbe il padre aver consentito, qualora venuto in cognizione dell' intendimento del figlio di contrarre il Mutuo, non vi si fosse opposto, (*fr. 12, 16 Dig. h. t. XIV, 6*), e specialmente poi se il padre avesse costituito suo figlio capitano o padrone di un suo bastimento (*magister navis*), o lo avesse preposto ad una sua taberna (*institor*), perchè vi esercitasse il commercio (*fr. 7 §. 10, fr. 12, 16 Dig. h. t. - cost. 4, 5 Cod eod.*).

2.° Quando il danaro preso a mutuo dal figlio, fosse stato da lui impiegato a vantaggio del padre (*in rem patris versum*): ma allora il debito contratto, varrebbe civilmente fino alla misura del vantaggio risentito dal padre (*fr. 7 §. 12, 13, fr. 17 Dig. h. t. - cost. 2 Cod. eod. - Nov. 115 cap. 3 §. 13*).

3.° Quando il danaro preso a mutuo dal figlio, fosse stato da lui impiegato a dimettere un debito validamente contratto, ed efficace civilmente (*fr. 7 §. 14 Dig. h. t.*).

4.° Quando chi diede danaro a Mutuo al figlio di famiglia, avesse avuto giusti motivi per crederlo persona *sui juris* (*fr. 3 pr., fr. 19 h. t. - cost. 2 Cod. eod.*).

5.° Quando il figlio di famiglia fosse stato militare, nel momento in cui contrasse il Mutuo (*cost. 7 §. 1 Cod. h. t. IV, 28*).

6.° Quando il Mutuo è nullo di per se, od il Mutuante è un minore, e per causa di minorità chiede la *in integrum restitutio* (*fr. 11 §. 7 Dig. de Minor. IV, 4 - fr. 3 §. 2 Dig. h. t.*).

§. 289. Casi poi, nei quali il *solo* figlio di famiglia *non può opporre l' exceptio Senatusconsulti Macedoniani*, sono i seguenti:

1.° Se il figlio di famiglia nel contrattare si è spacciato per persona *sui juris*, ed il Mutuante aveva giusti motivi per crederlo tale (*cost. 1 Cod. h. t. IV, 28*).

2.° Se il figlio di famiglia divenuto *sui juris*, ha ratificato

il Mutuo o espressamente o tacitamente (*cost. 2 Cod. h. t. IV, 28*), e lo ratificherebbe cominciando a pagarne una parte, o dando garanzìe al Mutuante: p. e. un pegno (*fr. 7 §. 16, fr. 9 pr. Dig. h. t. XIV, 6*). Ma quando ha costituito un pegno, si intende abbia ratificato il Mutuo, fino alla misura del valore della cosa impegnata (*cit. fr. 9 h. t.*).

3.° Se il figlio di famiglia ha un peculio castrense, quasi castrense, o avventizio straordinario: allora egli non può profittare del benefizio del Senatusconsulto Macedoniano fino a concorrenza dell'ammontare del pecùlio (*fr. 1 in fin. fr. 2 Dig. h. t. - cost. 8 pr. Cod. de bonis quæ lib. VI, 61 - Nov. 117 cap. 1 §. 1*).

§. 290. Il Senatusconsulto Macedoniano contempla il Mutuo, soltanto di una somma di danaro, concluso con un figlio di famiglia. In seguito fu applicato ancora alle figlie, ed ai nepoti, e pronepoti, senza distinzione di sesso (*Istit. §. 7 quod cum eo IV, 7 - fr. 9 §. 2, fr. 14 Dig. h. t. XIV, 6 - cost. 6 §. 1 Cod. h. t. IV, 28*), ma non fu mai esteso al mutuo di cose differenti dal danaro, nè ad altri contratti aventi per objetto danaro, diversi dal Mutuo (*fr. 3 §. 2 in f. e § 3, fr. 7 §. 3 Dig. h. t. XIV, 6 - cost. 5 Cod. h. t. IV, 28*); ciò nonostante se un mutuo fosse stato mascherato sotto le apparenze di un altro contratto; p. e. se fosse stata data al figlio di famiglia, qualche cosa perchè la vendesse, e ne ritenesse a Mutuo il prezzo retrattone (il che chiamano *contractus mohatræ*), il Senatusconsulto Macedoniano sarebbe applicabile (*fr. 3 §. 3 fr. 7 §. 3 Dig. h. t. XIV, 6*).

§. 291. Abbiamo detto, che nel Contratto, di Mutuo, il *Commodum* ed il *Periculum* delle cose mutuate, stanno respettivamente a vantaggio ed a carico del Mutuatario; questa regola non procede per la

Pecunia Trajectitia.

Con questo nome si designava dai Romani, un Mutuo di denari destinati a passare il mare, o in natura, od in merci comprate coi medesimi (*fr. 1 e 3 Dig. de nautico fœnore XXII, 2 - fr. 122 §. 1 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*). Il Sovventore del danaro si assumeva il rischio (*periculum*) del danaro prestato, o delle cose comprate con quello, per tutto il tempo che passava fra il

giorno della partenza, e il giorno dell'arrivo al luogo destinato. Se il danaro o le merci giungevano, il Mutuante era obbligato a dare al Mutuatorio una somma uguale a quella mutuatagli: se perivano, (ben inteso per caso fortuito) non aveva quell'obbligo *(fr. 3, fr. 46 pr. Dig. de naut. fœn. XXII, 2 - cost. 1 e 4 Cod. eodem IV, 33)*. In correspettività dei rischj, che il Mutuante correva, aveva diritto di esigere usure più elevate delle ordinarie, dette *fœnus nauticum* o *usuræ maritimæ*, le quali in antico non avevano limite *(Paolo II, 14, 3 - fr. 4 §. 1, fr. 5 Dig. h. t. XXII, 2 - cost. 2 Cod. eod. IV, 33)*, ma da Giustiniano, come già fu detto per incidenza altrove, furono fissate al 12°/o *(cost. 26 §. 1 Cod. de Usuris IV, 32 Nov. 110)*. - Usure che potevansi convenire per semplice patto, senza bisogno di Stipulazione, necessaria come dicemmo nel *fœnus* ordinario *(fr. 5 §. fr. 7 Dig. h. t. XXII, 2)*. (1)

B) Del Commodato (*Commodatum*)

Istit. Lib. III. Tit. 14 §. 2 quibus modis re contrahitur obligatio - Dig. Lib. XIII. Tit. 6 Commodati vel contra. - Cod. Lib. IV. Tit. 23 de Commodato.

§. 292. Il Commodato è: *un Contratto Reale Nominato, pel quale una persona, che dicesi Commodante, impresta ad un'altra, che dicesi Commodatario, gratuitamente, una cosa che non si consuma con l'uso pel quale è imprestata, acciò que-*

[1] In pratica abbiamo l'Imprestito fruttifero, o Cambio fruttifero, che corrisponde al Mutuo dei Romani. Ignota come è oggi giorno la distinzione fra Contratti di stretto gius e di buona fede, tutti i Contratti essendo di quest' ultima maniera, anche l'imprestito fruttifero ha tal carattere. Si intende cessato il corso dei frutti, sul capitale preso a cambio fruttifero da un defunto, se dentro un anno dal dì della sua morte, i suoi eredi non fossero dal creditore notificati del debito fruttifero, ed intimati al pagamento dei frutti. Se il creditore lascia decorrere un *settennio*, senza ritirare i frutti di un capitale dato a cambio, il capitale stesso rimane infruttifero (Vedi le leggi del 31 Agosto 1693, - 28 Maggio 1717, - 27 Settembre 1782). - La *Pecunia Trajectitia* dei Romani, era un mezzo col quale supplivano alla mancanza del Contratto di Assicurazione Marittima ad essi sconosciuto. - Il *Cambio marittimo*, del nostro Diritto Commerciale, (*Contrat à la grosse* dei Francesi), corrisponde alla *Pecunia Trajectitia*. - Sono da consultare su questo *Cambio Marittimo*, gli Articoli 311 e seguenti fino a 331, del Codice di Commercio.

st' ultima se ne serva per l' uso, e durante il tempo stabilito, e poi la restituisca nella medesima specie a chi gliela imprestò (*Istit.* §. *2 quib. mod. re contrah. oblig. III, 14 - fr. 26 Dig. de præscr. verbis XIX, 5*). I Requisiti del Commodato emergono dalla definizione del medesimo; sono cioè:

1.° La *Tradizione* della cosa,

2.° Che la cosa commodata, sia *tale che non si consumi con l'uso, pel quale è imprestata.*

3.° Che le parti abbiano intenzione di concludere un *Commodato.*

4.° Che il Contratto sia *gratuito.*

1.° *Tradizione della cosa.*

Come Contratto Reale, eziandìo il Commodato ha per prima condizione, la consegna della cosa; la semplice promessa di imprestare gratuitamente una cosa, non fa esistere Commodato; se quella promessa fosse stata rivestita della forma della *Stipulatio*, nel Diritto Romano avrebbe potuto dare luogo ad una azione per ottenere una indennità, nel caso di inadempimento della medesima; ed oggi che la pratica non esige più la forma della *Stipulatio* per dare efficacia civile ad una obbligazione, quella promessa darebbe sempre luogo a siffatta azione: ma non per questo esisterebbe un Commodato. - La Tradizione della cosa commodata, non ne trasferisce il Dominio nel Commodatario, e neppure il possesso giuridico, bensì la mera detenzione (*Istit.* §. *2 quib. mod. III, 14 - fr. 8, 9, Dig. h. t. XIII, 6 - fr. 3* §. *20 Dig. de acq possess. XLI, 2*).

2.° *Inconsumabilità della cosa, con l'uso pel quale è data.*

Tanto le cose mobili, quanto le semoventi, come ancora le immobili, possono in Gius Nuovo essere objetto di Commodato (*fr. 1 pr.* §. *1 Dig. h. t. XIII, 6*). Pare che in origine il Commodato fosse ammesso soltanto per le cose mobili e se moventi, e che sulle immobili si credesse possibile unicamente un *precarium;* ma in seguito furono riconosciuti tanto un *precario* per le cose *mobili*, quanto un *commodato* per le *immobili;* ed una delle differenze più notevoli che rimase fra questo Contratto e

quel Patto, invece si fu, che nel Commodato la cosa è data per un tempo ed uno scopo determinati, e prima del decorso di quel tempo o del conseguimento di quello scopo non può essere richiesta: mentre nel Precario la cosa può essere richiesta ad arbitrio di che la consegnò (*fr. 5 pr. fr. 18 Dig. Commod. XIII, 6 - cost. 2 e 3 Cod. eod. IV, 23 confr. col fr. 1 pr. fr. 12 pr. Dig. de præcar. XLIII, 26 - Paolo V, 6, 10*). Le cose che si consumano con l'uso pel quale sono imprestate, non possono essere objetto di Commodato, perchè se sono consumate, non è possibile restituirle *in specie*. Tuttavolta quelle cose che in astratto sono consumabili, ma che non si consumano per l'uso speciale pel quale furono imprestate, possono, essere commodate; come a mo' d'esempio, se del danaro, delle frutta, o simili, fossero date *ad pompam, ad ostentationem* (*fr 3 §. 6, fr. 4 Dig. h. t. XXIII, 6*), perchè cioè, il commodatario facesse mostra di quel primo, ma senza spenderlo, e ponesse in tavola in un sontuoso apparecchio queste seconde, ma senza gustarle o farle gustare ai convitati.

3.° *Intenzione delle parti di concludere un Commodato.*

Questa intenzione nella quale debbono concordare le parti, è essenziale, insieme all'indole della cosa, per distinguere il Commodato da altri Contratti Reali. Perocchè se la cosa fosse consegnata con l'intendimento di trasferirne la proprietà, e fosse cosa fungibile, della quale l'accipiente dovesse restituire altrettanto, avremmo un Mutuo, non un Commodato; se la cosa fosse mobile, e consegnata perchè l'accipiente la custodisse, la conservasse, e la restituisse ad ogni richiesta del trasferente, avremmo Deposito e non Commodato; ed avremmo un Pegno, se la cosa fosse stata consegnata per garanzìa del pagamento di un Debito. Qualora la cosa fosse stata consegnata qual campione, perchè fosse *esaminata*, o data a *prova*, non vi sarebbe concessione del comodo dell'uso (*commodatum*, ossia *commodum datum*) e perciò non esisterebbe il contratto Reale nominato in esame (*fr. 13 §. 1 Dig. h. t. XIII, 6*). L'uso speciale pel quale la cosa è imprestata, deve essere stabilito nel Contratto, altrimenti si ha per esteso a tutta quell'utilità che la cosa stessa produce, senza

sua alterazione, ed a produrre la quale è ordinariamente adoperata (*fr. 12 pr. Dig. de precario XLIII, 26 - fr. 5 §. 12, fr. 17 §. 3 Dig. h. t. XIII, 6*).

4.º Gratuità del Contratto.

Se il Commodatario si obbligasse a dare al Commodante un correspettivo, il Contratto muterebbe natura, e degenererebbe, p. e in una locazione e conduzione (*Istit. §. in f. quib. mod. III, 14 - fr. 5 §. 12 Dig. h. t. XIII, 6 - fr. 17 §. 3 Dig. de præscr verb. XIX, 5*). Ma una ricompensa data dal Commodatario *ultroneamente, dopo* avere goduto dell'imprestito, non altererebbe l'indole del rapporto obbligatorio (*argom. fr. 6 pr. Dig. Mandati XVII, 1*).

§. 293. Il Commodato è, un Contratto *Sinallagmatico Imperfetto*, attalchè dal medesimo nasce, *direttamente* una sola azione, l'*actio commodati directa*, con la quale il Commodante, si fa restituire la cosa commodata; ma *eventualmente* il Commodatario può sperimentare un *actio commodati contraria*, della quale vedremo fra un istante l'intendimento (*fr. 17 §. 3 e fr. 18 §. 4 Dig. h. t. XIII, 6*). Il Commodato era nella categorìa dei contratti di buona fede. - Siccome il Commodante non trasferisce al Commodatario nè Dominio, nè Possesso Giuridico, così Commodante può essere l'Usufruttuario, il Conduttore, ed in generale chi ha la fisica disponibilità della cosa, e non ha uno speciale obbligo di servirsene personalmente, come l'*usuario*, l'*habitator* (*fr. 1 in fin. Dig. h. t. XIII, 6*). Perfino chi riceve in imprestito dal ladro, la cosa furtiva, resta vincolato verso costui per ragione di commodato (*fr. 15, 16 Dig. h. t. XIII, 6*); ma presentandosi a chiederne la restituzione, insieme ed il vero proprietario ed il ladro, dovrebbe il Commodatario restituirla a quel primo (*fr. 31 Dig. Depositi XVI, 3*), quando esso dimostrasse in modo incontestabile la sua qualità.

§. 294. Il Commodato ha per effetto di far sorgere Diritti ed Obblighi, tanto nel Commodatario, quanto nel Commodante.

(α) Il Commodatario ha *Diritto*:

1.º Di servirsi della cosa per l'uso stabilito. - Questo Diritto di Uso non è un diritto patrimoniale reale, come la servitù Per-

sonale dell'uso, è un Diritto che emerge da un rapporto obbligatorio; non dura quanto la vita della persona cui è conceduto, sibbene tutto il tempo stabilito, e può passare anche agli eredi. Tale uso può essere di natura molto varia, esempigrazia sarebbe Commodato perfino la consegna di una cosa fatta a taluno, con lo scopo che se ne servisse per darla in pegno al proprio creditore, e la restituisse libera da qualunque vincolo il giorno stabilito (*fr. 5 §. 12 Dig. h. t XIII, 6*). L'importante si è che quell'uso sia lecito, non criminoso, non immorale, altrimenti nón darebbe vita a vincolo obbligatario. Se il Commodatario si servisse della cosa commodata, per un uso diverso da quello stabilito, si farebbe responsabile perfino del caso fortuito, e potrebbe eziandìo (per Diritto Romano) se esistessero in lui mala fede, *ed animus furandi*, rispondere di *furtum usus*, e così essere passibile, dell'*actio furti* e della *condictio furtiva*, azioni che concorrerebbero allora con l'*actio commodati directa* (*fr. 5 §. 7, 8, fr. 10 pr. Dig. h. t. XIII, 6 - Gajo III, 196 - fr. 40, fr. 54 §. 1, fr. 76 pr. Dig. de Furtis XLVII, 2 - Istit. §. 6, e 7 de oblig. quæ ex delict. IV, 1*).

2.° Il Commodatario ha diritto di godere liberamente della cosa, vale a dire senza ostacoli, senza aggravio o dispendio. Il Commodante a vero dire, non si obbliga verso il Commodatario, come il locatore verso il conduttore *præstare uti frui licere;* si obbliga soltanto *neque a se*, *neque ab heredibus suis fieri*, *quominus utatur commodatarius*: si obbliga dunque a *non fare* e ad *impedire* che i suoi *dipendenti facciano opposizione al godimento del Commodatario* (*fr. 5 §. 7, 8 fr. 10 pr. Dig. h. t. XIII, 6 - Istit. §. 6 e 7 de oblig. ex delicto IV, 1*) - Non è aggravio ciò che è condizione naturale del godimento, laonde il Commodatario è tenuto, p. e. ad alimentare il cavallo imprestatogli - (*fr. 18 §. 2 Dig. h. t. XIII, 6*). Le spese necessarie per impedire la deperizione della cosa sono da lui anticipate, ma ha diritto di ottenerne il rimborso, con l'*actio commodati contraria* (*fr. 18 §. 2 Dig. h. t. XIII, 6 - fr. 15 §. 2, fr. 59 Dig. de furtis XLVII, 21.*) Il Commodatario ha poi *obbligo:*

1.° Di restituire la cosa in *specie*, con tutti i frutti ed accessioni, *cum omni causa*, (*fr. 2, fr. 3 §. 1, fr. 5 §. 9 Dig.*

h. t. XIII, 6 - fr. 38 §. 10 Dig. de Usuris XXII, 1); deve restituirla nel giorno fissato; ma non può essere obbligato a restituirla prima (*fr. 5 pr., fr. 17 §. 3 Dig. h. t. XIII, 6 - cost. 3 Cod. eod.*) .

2.º Deve restituire la cosa nello stato e condizione in cui l'ebbe, senza deterioramento. È responsabile dei danni derivati alla medesima da qualunque sua *colpa*. Siccome di *ordinario*, egli solo risente vantaggio dal Contratto, risponde eziandìo della *Culpa levis*, ed è obbligato alla *custodia* (*Istit.* §. 2 *quib. mod. re contrah. III. 14 - fr. 5 §. 2, 5, 6, 9, 15 in f., fr. 10, fr. 18 pr. Dig. h. t. XIII, 6 - fr. 1 §. 4 Dig. de oblig. et act XLIV, 7 - Gajo III, 206*). Non è responsabile del caso fortuito, quando non sia *un casus culpa o dolo determinatus* (*Istit. l. cit. - fr, 5 §. 4, 7, 13, 14, fr. 10, fr. 18 pr. Dig. h. t. XIII, 6*) ; nulladimeno a lui incombe provare che la cosa perì per caso fortuito, e se nell' incendio, nel naufragio, nella ruina od in altra consimile calamità, mentre poteva salvare la cosa commodatagli, prescelse salvare la propria, lasciando perire quella prima, è tenuto a indennizzare il commodante (*fr. 5 §. 4 Dig. h. t. XIII*, 6).

β) Il Commodante gode dei Diritti corrispondenti agli obblighi del Commodatario ora descritti; ma ha l' obbligo:

1.º Di lasciare godere il Commodatario della cosa commodata pel tempo e nel modo stabiliti (*fr. 17 §. 3 Dig. h. t.*) D' ordinario il Commodante non ritraendo nessun vantaggio dal contratto, risponde soltanto della Colpa lata e del Dolo (*fr. 5 §. 10 Dig. 10 Dig. h. t. XIII, 6*). Laonde se conosce alcun vizio della cosa commodata, onde potesse riuscire pregiudicevole al Commodatario, o se ha notizia dei diritti altrui sulla medesima, pei quali il Commodatario abbia a vedersela togliere, avanti il tempo nel quale ha da avere termine l' uso, è tenuto ad avvertirne il Commodatario stesso di tutto ciò, altrimenti a risarcirlo dei danni, che costui ebbe a risentirne (*fr. 17 §. 5 fr. 18 §. 3, fr. 22 Dig. h. t. XIII, 6*). Ma se per avventura il Commodato tornasse vantaggioso ad ambedue le parti contraenti, verbigrazia se fosse prestata da taluno ad un amico dell'argenterìa, per servire ad un ospite, amico comune,

i contraenti risponderebbero ambedue della colpa leve (*fr. 18 pr. Dig. h. t. XIII, 6*); e se, per caso anche più raro, il Commodato ridondasse ad utilità del solo Commodante, come se taluno avesse imprestato alla propria fidanzata delle gemme, affinchè più adorna gli fosse condotta il dì delle nozze alla casa maritale: *ut honestius culta ad se deduceretur* (*fr. 5 §. 10 Dig. h. t. XIII, 6*) il Commodatario risponderebbe della sola Colpa Lata, ed il Commodante ancora delle Leve.

2.° Il Commodante è obbligato a rimborsare il Commodatario delle spese, che questi ha dovuto fare sulla cosa commodatagli, p. e. delle spese per curare l' animale imprestatogli, che si è naturalmente ammalato (*Paolo II, 6 - fr. 18 §. 2 Dig. h. t. XIII, 6*). Ed il Commodatario, per ottenere il rimborso di queste spese necessarie, e che non sono condizione del godimento, ha un *jus retentionis* sulla cosa commodata, oltre all' actio *commodati contraria* (*fr. 18 §. 4 Dig. h. t. - fr. 15 §. 2, fr. 59 Dig. de furtis XLVII, 2*), con la quale ottiene generalmente l' adempimento degli obblighi eventuali del Commodante.

3.° Ove il Commodante si fosse fatto pagare dal Commodatario il valore della cosa commodatagli, che quest' ultimo avesse smarrita, o perduta: ritrovatala che l' abbia il Commodante, può il Commodatario con *l' actio commodati contraria*, obbligarlo a rendergli, o la cosa, o il valore della medesima già pagato (*fr. 5, fr. 17 §. 5 Dig. h. t. XIII, 6 - fr. 65 Dig. de rei vindic. VI, 1 - fr. 2 Dig. de condict. sine causa XII, 7*).

c) Del Deposito (*Depositum*)

Istit. Lib. III. Tit. 14 §. 3 quibus modis re contrahitur obligatio - Dig. Lib. XLV, Tit. 3 Depositi vel contra - Cod. Lib. IV. Tit. 34 Depositi vel contra.

§. 295. Il Deposito è: *un Contratto Reale Nominato, pel quale taluno, che dicesi Deponente, consegna ad un altro, che dicesi Depositario, una cosa mobile, perché quest' ultimo la custodisca gratuitamente, e la restituisca ad ogni sua domanda* (*Istit. §. 3 quib, mod. III, 14. - fr. 1 pr. Dig. h. t. XVI, 3*) Depositare dicesi nelle fonti nostre, ancora *commendare* (*Paolo*

L, 21, 4, e 9 - *II*, 12, 4 - *fr.* 26 *pr. Dig. h. t. XVI*, 3 - *fr.* 186 §. 1 *Dig. de verb. signif. L*, 16). Le Condizioni di questo contratto possono enumerarsi nel modo che appresso :

1.° La *Tradizione* della cosa.

2.° La qualità di *Mobile* nella cosa consegnata.

3.° *L' intenzione* delle Parti di concludere un *Deposito*.

4.° La *Gratuità* del contratto.

1.° *Tradizione*

§. 296. Come Contratto Reale, eziandìo il Deposito si conclude mediante la tradizione o la consegna della cosa, che vuolsi depositare; la Convenzione con la quale taluno si fosse obbligato a custodire una cosa, prima di riceverla: se rivestita di forma civile, poteva avere efficacia, ed avrebbe oggi pure efficacia avvegnachè l' inesecuzione della medesima, porterebbe nel promittente l' obbligo di risarcire lo stipulante del danno derivato dall' inesecuzione stessa, ma non costituirebbe il contratto reale di Deposito. La Tradizione trasferisce nel Depositario la mera detenzione, non il possesso giuridico, e molto meno la proprietà. *Rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio* (*fr.* 17 §. 1 *Dig. h. t. XVI*, 3 - *cost.* 8 *Cod. eod. IV*, 34.- *fr.* 3 §. 20 *Dig. de acq. poss. XLI*, 2).

2.° *Una cosa Mobile*

I soli Mobili possono essere objetto di Deposito; gli Immobili non già. Ciò si rileva dalla etimologìa della voce Deposito: *Depositum, ex eo quod ponitur* (*fr.* 1 *pr. Dig. h. t. XVI*, 3). Aggiungasi, che non occorre nelle nostre Fonti un passo, ove si accenni al Deposito di una cosa immobile, ma invece tutti i testi manifestamente si riferiscono a cose mobili (*fr.* 1 §. 8 *Dig. h. t. XVI*, 3); finalmente riflettasi, che lo scopo del deposito è di consegnare una cosa a taluno perchè la custodisca, ed a noi sia dato ritrovarla in mano sua ad ogni occorrenza; or bene, un immobile si ritrova sempre, sebbene non consegnato ad alcuno; senza dire che le cure richieste dalla custodia del medesimo, avanzerebbero di gran lunga quelle cui un Depositario è

tenuto. Gli immobili, (lo diremo fra breve) possono essere objetto di quella specie particolare di Deposito, che dicesi *Sequestro*; per essi è possibile un *mandatum de re custodienda*, regolato con altri principii (*fr. 1 § 12, 13 Dig. depos. XVI, 3 - fr. 5 §. 4 Dig. de præscr. verb. XIX, 5*). Del rimanente si possono depositare cose fungibili ed infungibili, animate o inanimate (*fr. 1 §. 9, 10, 35, 36, 40, 41, fr. 7 pr. fr. 33 Dig. Depositi XVI, 3 - cost. 8 Cod. eod. IV, 34*), cose proprie, e cose altrui, (ancora se quest' ultime furono depositate nelle mani di chi alla sua volta si fa a depositarle presso altri) e perfino cose rubate. Soltanto è impossibile il Deposito di cose proprietà del Depositario stesso (*fr. 1 §. 39 XVI, 3 - fr. 31 e fr. 15 Dig. h. t.* (*fr. 45 Dig. de reg. juris L, 17*), d' ordinario non potendo egli avere l' intenzione *ragionevole*, di custodire per un altro la cosa sua. Ma se il proprietario mancasse *dell' jus possidendi*, o del diritto di usare e di fruire della cosa sua, potrebbe, allora per eccezione essere questa depositata presso di lui, come p. e. se l' usufruttuario, il conduttore, od il creditore pignoratizio gliela consegnassero con lo scopo, che momentaneamente la custodisse nel comune interesse (*arg. fr. 31 Dig. h. t.* XVI, 3).

3° *Intenzione di concludere un Deposito*

La consegna ed il ricevimento della cosa, debbono essere eseguiti con l' intendimento, che l' accipiente la riceva per custodirla per conto del deponente, e per restituirla ad ogni sua richiesta. È per questa intenzione, che il Deposito si distingue dagli altri Contratti Reali. Se la cosa infatti, fosse consegnata e ricevuta con l' intenzione soltanto di usarne e gratuitamente, esisterebbe Commodato non Deposito; esisterebbe Pegno, se la cosa fosse consegnata e ricevuta con l' intenzione, nelle parti, che l' accipiente la tenesse come garanzìa di un suo credito; esisterebbe Mutuo poi, se la cosa fosse consegnata con l' intenzione di trasmetterne la proprietà nell' accipiente, e con l' obbligo in lui di restituire altrettanto

del medesimo genere e qualità. La volontà delle parti, primitivamente intesa a concludere un Deposito, può:

a) talvolta *mutare* in progresso di tempo;

b) e può tal altra volta essere *complessa*.

a) Il Deposito si trasforma in un altro contratto, appena le parti *mutano concordemente* la loro intenzione. Suppongasi a mò di esempio, che il Deponente permetta ultroneamente al Depositario di servirsi del danaro depositato in sua mano, e che il Depositario manifesti la sua accettazione spendendo quel danaro; oppure che, il Depositario chieda, ed ottenga dal Deponente il permesso di spenderlo: il contratto si trasformerà in un Mutuo, nel primo caso dopo lo spendimento, nel secondo caso dopo il ricevimento del permesso (*fr. 10 Dig. de reb. cred. XII, 1 - fr. 1 §. 34 Dig. h t XVI, 5*).

b) Essendo complesso lo scopo, che le parti si propongono di raggiungere, fa di mestieri esaminare qual fu il loro *scopo principale, e primitivo*, o come dice Ulpiano: *uniuscujusque contractus, spectandum est initium et causam* (*fr. 8 pr. Dig. Mandati XVII, 1*). Esempigrazia, se taluno consegnò ad un altro una cosa incaricandolo di portarla ad un terzo, creditore di lui committente, con l' ingiunzione, se questi non la volesse ricevere, di ritenerla presso di se, fino a richiesta di lui committente: con l' accettazione di tale incarico così condizionato, fu concluso fra il committente ed il commissionario un Mandato, *habens et custodiæ legem*, cioè che ha per objetto eziandio la custodia della cosa (*fr. 1 §. 12 Dig. h. t. XVI*, 5), perocchè l' intenzione primitiva e principale fosse evidentemente di concludere un Mandato, Mandato a portare, e poi Mandato a custodire la cosa.

4° *Gratuità del Contratto*.

Una *mercede* è contraddittoria all' indole di questo Contratto, essenzialmente gratuito, solito intercedere fra persone unite fra loro da vincoli di amicizia e di fiducia (*fr. 1* §. 8, *9 10 Dig. Depositi* X*VI*, *5 - Istit.* §. *15 quib. mod. re contrah. III. 14*). Ma un *onorario* dato *ex post*, è ammissibile (*fr.* 2 §. *24 Dig. de vi bon. rapt. XLVII, 8 - fr. 6 pr. Dig. Mandati* XX*VI*, *4*)

Se una *Mercede* fosse stata convenuta, il Contratto di Deposito degenererebbe, in un Contratto di locazione e conduzione di opere, ove quella mercede consistesse in una somma di danaro; ed in un Contratto reale innominato *do ut des*, ove consistesse in altri oggetti diversi dal danaro.

§. 297. Il Deposito è un Contratto di buona fede, sinallagmatico imperfetto, come il Commodato; laonde direttamente e necessariamente, nasce dal medesimo una sola obbligazione, quella cioè del Depositario di custodire la cosa depositata, e di restituirla ad ogni richiesta; per conseguenza, direttamente ne deriva una sola azione, l' *actio depositi directa* (*Istit.* §. *3 quib. mod. III, 14*); ma eventualmente può il depositario intentare una *actio depositi contraria*, per ottenere il rimborso delle spese fatte a pro della cosa depositata, o il risarcimento dei danni, per occasione del deposito risentiti (*fr. 5 Dig. h. t. XVI, 3.*

§. 298. *Gli effetti* del Deposito vogliونsi esaminare:

1.º di fronte al Depositario,

2.º di fronte al Deponente.

1.º *Di fronte al Depositario*. Il Depositario rimane *obbligato*:

a) a custodire la cosa, ed a provvedere alla conservazione della medesima. Il Deposito tornando d'ordinario vantaggioso al solo Deponente, il Depositario di regola non è responsabile se se non che del Dolo e della Colpa lata; ma il Depositario riconosciuto reo di Dolo, incorre nell' infamia (*fr. 5 §. 2 Dig. Commodati XIII, 6 - fr. 1 §. 8, 10, 47, fr. 31 Dig. Depositi XVI, 3 - Istit. §. 3 quib mod. III, 14*). Sarebbe responsabile eziandìo della Colpa leve, ove spontaneo si fosse profferto come Depositario, o il Deposito gli tornasse vantaggioso (*fr. 4 pr. Dig. de reb. cred. XII, 1 - argom. fr. 17 §. 2 in f. Dig. de præscr. verbis XIX, 5 - fr, 1 § 35 Dig. h. t. XVI, 3*).

b) Al Depositario non lice servirsi della cosa depositata; qualora se ne serva, si espone alle pene del furto di uso (*Istit. §. 6 de obligat. ex delicto IV, 1 - fr. 29 pr. Dig h. t. XVI, 3 - cost. 3 Cod. h. t. IV, 34*).

c) Il Depositario deve ad ogni richiesta, restituire la cosa *in specie*, con tutti gli accessorj di lei, *cum omni causa* (*Istit. §. 3 quib. mod, III, 14 - fr. 1 §. 16, 22 Dig. h. t. XVI, 3 -*

fr. 38 §. 10 *Dig. de Usuris XXII.* 1). Benchè un termine fosse stato apposto al Deposito, il Deponente potrebbe richiedere la cosa depositata, anche prima dello spirare del medesimo; perchè quel termine si presume generalmente apposto a vantaggio del Deponente, per obbligare cioè il Depositario a custodire la cosa finchè non sia decorso, attalchè lice al Deponente rinunziare al benefizio, che si era assicurato (*fr.* 1 § 22, 45, 46 *Dig. h t. XVI,* 3). Il Depositario in mora a restituire, deve risarcire i danni del ritardo risentiti dal Deponente, è se il deposito aveva per objetto una somma di danaro, il moroso paga gli interessi moratorii (*fr.* 24, *fr.* 25, §. 1, *fr.* 29 §. 1 *Dig. h. t. XVI,* 4 - *cost.* 2 - 5 *Cod. eod.*). Risponderebbe perfino del caso fortuito, se durante la sua Mora la cosa depositata fosse perita, qualora perita non sarebbe, se fosse stata restituita in tempo debito (*fr.* 12 *Dig. h. t. XVI,* 3). La restituzione della cosa deve essere fatta a chi la depositò (*Nov.* 88 *cap.* 1 *fr.* 1 §. 39, *fr.* 31 §. 1 *Dig. h. t. XVI,* 3 - *fr.* 46 *Dig. de judiciis V,* 1). Non lice al Depositario opporre a costui, che egli non è proprietario, non potendosi mai opporre l'eccezione del terzo; ma è obbligato a restituire la cosa al proprietario vero che la reclama, quando il diritto di questo è liquido e certo (*fr.* 31 *Dig. h. t. XVI,* 3). L'obbligo di restituire la cosa depositata è così rigoroso, che il Depositario non può sottrarvisi sotto qualsiasi pretesto, e neppure allegando di ritenerla in compensazione, o per rimborsarsi delle spese fatte a vantaggio della medesima (*Istit.* §. 1 *de actionibus IV,* 6 - *cost. ult. Cod. de compensat. IV,* 31 - *cost.* 11 *Cod. h. t. IV,* 34). L'unico caso, in cui diverrebbe lecito al Depositario, ricusarsi alla restituzione, sarebbe quello in cui potesse dimostrare immediatamente, e con argomenti perentorii, che essendo egli il proprietario della cosa depositata, rubatagli, non era possibile un Deposito della medesima in sua mano; avvegnachè venisse allora distrutta in radice *l'actio depositi* (*fr.* 45 *Dig. de reg. juris L,* 17 - *fr.* 15 *Dig. h. t. XVI,* 3; ma di regola, prima deve restituire la cosa, poi far valere sue ragioni sulla medesima (*cit. cost.* 11 *Cod. h. t. IV,* 34). La restituzione deve essere eseguita, nel luogo ove l'objetto depositato si trova senza dolo del deposita-

rio, non curato il luogo ove il deposito fu fatto (*fr. 12* §. *1 Dig. h. t. XVI, 3*).

2.º *Di fronte al Deponente*. Il Deponente eventualmente può essere obbligato:

a) A risarcire il Depositario di qualunque danno, che in conseguenza del deposito questi avesse risentito,

b) ed a rimborsarlo di tutte le spese, che ebbe a fare per conservare e restituire la cosa (*fr. 63* §. *5 Dig. de furtis XLVII*, 2 - *fr. 5 pr. fr. 13 pr. Dig. h. t. XVI, 3*).

c) Il Deponente risentendo ordinariamente tutto il vantaggio dal Deposito, è responsabile di qualunque colpa (*fr. 63* §. *Dig. de furtis*). Il Depositario con l' *actio depositi contraria* ottiene dal deponente l' esecuzione di queste sue obbligazioni.

§. 299. Gli Interpreti del Diritto Romano distinguono il Deposito, in *Deposito Semplice, e Deposito Miserabile*. *Semplice*, dicono quello, del quale abbiamo fin quì trattato; *Miserabile*, quello fatto a cagione di incendio, ruina, naufragio, inondazione, o di altra consimile calamità, pubblica o privata (*fr. 1* §. *1 Dig. Depositi XVI, 3*). Il Deposito Miserabile ha questo di singolare, che se il Depositario impugna mendacemente di avere ricevuto la cosa depositata, è condannato a pagare il doppio valore della medesima (*fr. 1*, §. *1*, *2*, - *4*, *fr. 18 Dig. h. t. XVI, 3 - Istit.* §. *26 De act. IV*, *6*), disposizione penale, che, in Gius antico era applicata a qualunque maniera di Deposito; (*Paolo II, 12, 11*): avvegnachè per la legge Decemvirale l' *actio depositi* appartenesse a quelle azioni, nelle quali appunto: *lis inficiando crescit in duplum* (*collat. X. c. 6* §. *8*); disposizione rimasta in vigore pel solo deposito miserabile: evidentemente in considerazione della straordinaria malvagità addimostrata dall' infedele Depositario, coll' approfittarsi della sventura per locupletarsi ingiustamente, e del maggior bisogno di difesa che ha il Deponente coatto.

§. 300. Oggi chiamano Deposito *Irregolare*, il Deposito di una somma di danaro, eseguito senza autorizzare espressamente il Depositario a servirsene, ma imponendogli invece l' obbligo di rendere *altrettanto*: *ut tantumdem redderet* (*fr. 25* §. *1 Dig. h. t. XVI, 3*). Mercè questa clausula, il Depositario si intende

autorizzato a valersi di quel danaro, con l'obbligo di restituire altrettanto. Per cotal guisa, in realtà è concluso più presto che un Deposito, un Mutuo, e si applicano effettivamente le regole del Mutuo, comunque la contrattazione rivesta il titolo di Deposito (*fr. 24 fr. 25 §. 1, fr. 26 §. 1 Dig. h. t. XVI, 3 - fr. 31 Dig. locati XIX, 2*). La ragione di quest'anomalìa, è probabilmente la seguente: Il Deposito era in Diritto Romano un *bonæ fidei negotium*, al quale dunque era lecito aggiungere (come agli altri contratti di buona fede), il patto delle usure, senza bisogno di rivestirlo della forma della *Stipulatio*, la quale esigeva la presenza delle parti. Per lo contrario a volere aggiungere al Mutuo quel patto, (lo vedemmo) faceva di mestieri adoperare la *Stipulatio*, perchè il Mutuo era un contratto di stretto gius: e la *Stipulatio*, ripetiamolo, esigeva la presenza delle parti. La forma del Deposito poteva per conseguenza, venire utilmente adoperata a dare efficacia obbligatoria ad un Mutuo fruttifero, che si contraeva fra assenti, e così fra persone che non avrebbero potuto rivestire con la Stipulazione il patto delle Usure.

§. 301. Una specie particolare di Deposito, di cui è prezzo dell'opera separatamente discorrere, è il

Sequestro (Sequester).

Il Sequestro, ed avemmo altra volta occasione di definirlo (*Introduz. Sez. IV. §. 235 lett. c. Vol. I. pag. 159*), è il *Deposito di una cosa, tolta alla persona che poteva farla pericolare, ed affidata alla custodia di un altra, finchè non sia deciso chi su quella cosa abbia diritto* (*fr. 110 Dig. de verb. Signif. L, 16 - fr. 6 e fr. 14 Dig. Depositi XVI, 3 - fr. 22 §. 8 Dig. Soluto matrim. XXIV, 3*). Comunemente si dice, che il Sequestro è: il Deposito di una cosa litigiosa in mano di un terzo, che deve restituirla a quella delle parti, cui tornerà favorevole la Sentenza; ma è questo il significato più limitato della parola Sequestro, la quale ha eziandìo quello più esteso, da noi riferito pel primo. Ed è per riguardo a quel più esteso significato della voce Sequestro, che si distingue un Sequestro *Volontario*, ed un Sequestro *Necessario*, vale a dire concluso per consenso delle parti interessate, o ordinato dal Giudice.- Gli stessi principj re-

golano queste due maniere di Sequestro: se non chè vuolsi avvertire, che il Sequestro necessario, come quello che non deriva dal Consenso delle parti interessate, ma da un ordine del Giudice, più presto che un vero e proprio Contratto, è un Quasi Contratto (*fr. 7 §. 2 Dig. qui satisdare cogantur II, 8 - fr. 22 §. 8 Dig. soluto matrim. XXIV, 3 - fr. 21 Dig de Appellat. XLIX, 1*). - Il Sequestro essendo una specie di Deposito, la azione per ripetere la restituzione dell' oggetto Sequestrato (chè si chiama *Sequester*, come *Sequester* si dice la persona in mano della quale è fatto il Sequestro) è l'*Actio Depositi Sequestraria* (*fr. 12 §. 8 Dig. Depositi XVI, 3, fr. V §. 1 Dig. eod. - cost. 5 Cod. eod. IV, 34*).

§. 302. Le differenze, che andiamo ad accennare, impediscono che si confonda il Deposito col Sequestro:

1.° Il Sequestro viene fatto, da persone aventi interessi in conflitto, o dal Giudice: non così il deposito (*fr. 17 pr. Dig. Depositi XVI, 3*).

2.° Il Sequestro si fa ancora contro la volontà del proprietario della cosa, il Deposito è volontario (*fr. 7 §. fin. Dig. qui satisd. cogantur. II, 8*).

3.° Il Sequestro può avere per objetto tanto delle cose mobili, quanto delle immobili (*fr. 110 Dig. de verb. signif. L, 16*), e perfino, se è ordinato dal Giudice, delle persone (*fr. 3 §. 6 Dig. delib. exhib. XLIII, 30) c. - 14 X, de Sponsal. (IV, 1) - c. 8. X, de rest. spoliat. (II, 13)*. Il Deposito ha per oggetto soltanto cose mobili, persone non mai.

4.° La restituzione della cosa Sequestrata, sia il Sequestro volontario o necessario, non avviene mai, come nel Deposito, *quandocumqùe repetenti*; avviene invece, verificato l'avvenimento in considerazione del quale fu fatto, (*cost. 5 Cod. Depositi IV, 34*). E la cosa sequestrata può essere richiesta soltanto dalla persona, cui fu riconosciuto che per giustizia debba essere consegnata.

5.° Il Sequestrario ha il *possesso interdettale della cosa*, il Depositario ne ha la *semplice detenzione* (Vedi Vol. I. Lib. II. §. 31 n. 4 pag. 144).

§. 303. Qualora chi ebbe la cosa in Sequestro, fosse stato incaricato eziandìo di amministrarla, il Contratto degenererebbe in un Mandato, se fosse gratuito: altrimenti in una Locazione e Conduzione di opera, e darebbe luogo all'azione *locati conducti*, o *mandati sequestraria*. Porremo termine a questa trattazione osservando, che il Sequestrario può per gravi ragioni farsi autorizzare dal Giudice, a restituire innanzi tempo la cosa depositata (*fr. 5 §. 2 Dig. Depositi XVI, 3*). (1)

(d) Del Contratto di Pegno (Contractus Pignoratitius)

Istit. Lib. III. Tit 14 §. 4. Quibus modis re contrahitur obbligatio. - Dig. Lib. XIII, Tit. 7 de pignoratitia actione vel contra. - Cod. Lib. IV. Tit. 21 de pignoratitia actione.

§. 304. Il Contratto di Pegno è: un *Contratto Reale Nominato, che si conclude con la consegna di una cosa, per sicurezza di un Credito della persona cui è consegnata, consegna che ha per effetto di trasferire il possesso giuridico della cosa medesima nell'accipiente, con l'obbligo di restituirla, estinto il Credito - Istit. §. 4 quib. mod. III, 14*). Questo Contratto, alla pari del Commodato e del Deposito, è un Contratto reale, di buona fede, sinallagmatico imperfetto. Dal medesimo dunque, principalmente e *direttamente* deriva una sola azione: l'*actio pignoratitia directa*, che appartiene alla persona che oppignorò la cosa, per farsela restituire, estinto il Credito. *Accidentalmente* chi ricevè il pegno, ha facoltà di valersi di un *actio pignoratitia contraria*, per gli effetti, che descriveremo, fra un istante. Due sono i requisiti del Contratto Pignoratizio.

1.º La Tradizione della cosa,

(1) Per le nostre Patrie Leggi il Sequestro è di due maniere, 1. per modo di *esecuzione*, 2. per modo di *assicurazione*. La prima non può derivare se non che da un atto che sia eseguibile, che abbia come dicono *esecuzione parata*, come sarebbe con pubblico istrumento, una sentenza eseguibile. Tal Sequestro si fa *apud acta* col ministero del Cancelliere. La seconda maniera di Sequestro (*ad effectum sistendi, assicurationis tantum*) esige un preventivo Decreto del Giudice, che lo emana a rischio e pericolo del postulante. - Nel Codice di Procedura Civile Toscana, agli articoli 645 e seguenti fino a 662 inclusive, occorrono le regole che governano ambedue queste specie di sequestri.

2.° L'Intenzione delle parti di concludere un Contratto di Pegno.

1.° *La Tradizione.*

Eziandìo il Contratto di Pegno, come Contratto Reale, si conclude mediante la Tradizione, tradizione la quale trasferisce nell'accipiente, soltanto il possesso interdittale: quello *ad usucapionem* rimanendo presso il trasferente (Vedi Vol. I. Lib. II. §. 30 n. 2 pag. 441). Avanti la Tradizione questo Contratto non ha vita e neppure per conseguenza, esiste il Diritto patrimoniale reale che ne deriva; ma si ingannerebbe a partito chi credesse, che la promessa di costituire un pegno, fosse assolutamente inefficace a dare una garanzìa reale alla persona cui venisse fatta; imperocchè il Diritto patrimoniale reale di ipoteca, potendo costituirsi per semplice patto, quella promessa potrebbe almeno dar vita a quest'ultimo (*fr. 1 pr. Dig. de pignorat. act. XIII, 7, e Vedi Vol. I, Lib. II. §. 204 pag. 655*). Ciò nonpertanto, la promessa di costituire un pegno, disgiunta dall'indicazione della cosa, sarebbe un patto *de pignore constituendo*, privo di effetto civile.

2.° *L'intenzione delle Parti.*

Vuolsi ripetere quì, ciò che già fu detto trattando del Mutuo, del Commodato, e del Deposito; nei contratti Reali, prima è l'intenzione delle parti, poi l'indole della cosa consegnata, che vale a determinare la specie del Contratto reale concluso.

§. 305. È di massima importanza il distinguere: il *Contratto Reale di Pegno*, dal *Diritto Patrimoniale Reale di Pegno*, che può derivarne. Affinchè abbia vita il *diritto reale*, noi vedemmo addimandarsi:

a) l'esistenza di un credito, a garantire il quale è costituito:

b) una cosa idonea ad essere ipotecata o impegnata (Vedi Vol. I. Lib. II. §. 195 pag. 643). - Nessuna di queste due condizioni si richiede per l'esistenza del *contratto reale*. E di vero:

1.° Il Contratto di Pegno può esistere, sebbene il Credito a garantire il quale fu concluso, non esista in realtà, e sia dalle parti soltanto per errore creduto esistere. - Il rapporto obbliga-

torio nasce, appena la cosa è consegnata con lo scopo di darla in garanzìa di un credito, questo esista o no (*fr. 11 §. 2 Dig. de pignorat. act. XIII, 7*). Diritto Reale di Pegno non deriverà da questo Contratto, ma il Contratto esisterà, e potrà farsi valere; attalchè chi consegnò la cosa, credendo oppignorarla, con l'*actio pignoratitia directa* potrà ottenerne la restituzione.

2.° Il Contratto di Pegno può esistere, benchè la cosa per qualche circostanza non sia idonea ad essere oppignorata. Infatti perfino il *prædo*, che ha dato in pegno la cosa da lui rubata, pagato il debito suo, può ripeterla con l'*actio pignoratitia directa* (*fr. 22 §. 2 Dig. de pignorat. act. XIII, 7*); e viceversa la persona a cui favore fu oppignorata la cosa, scoperto che essa non appartiene a chi gliela oppignorò, può mediante l'*actio pignoratitia contraria*, esigere la costituzione di un altro pegno, o altrimenti conseguire una indennità (*fr. 9 pr. fr. 16 §. 1 fr. 32, fr. 36 Dig. h. t. XIII,* 7). - Dunque il contratto esiste, il vincolo obbligatorio tiene, e può farsi valere mediante le azioni: sebbene il diritto reale non abbia avuto vita.

§. 306. *Chi riceve la cosa in Pegno* è obbligato:

1.° a restituirla, sodisfatto che sia del suo credito, (*Istit. §. 4 quib. mod. III, 14 - fr. 9 §. 3, 5 Dig. h. t. XIII, 7, fr. 40 §. 2 Dig. eod. - cost. 11 Cod. eod. IV, 21*), o qualora il credito non abbia avuto esistenza (*fr. 11 §. 2 Dig. h. t. XIII, 7*). - Se il Credito fu estinto, perchè fu pagato col prezzo retratto della vendita della cosa oppignorata, evidentemente non può farsi luogo alla restituzione della medesima, ma se quel prezzo eccedè l'ammontare del credito, tal'eccedente deve essere restituito (*fr. 42 Dig. h. t. XIII, 7 - cost. 1, 2 Cod. deb. vend. pign. imped. VIII, 29 - Vedi Vol. I. Lib. II. §. 212 n. 4 pag. 663 e §. 214 n. 1. pag. 664*). - La cosa deve essere restituita *cum omni causa* (*fr. 18 §. 1 fr. 21 Dig h. t. XIII, 7*), e per conseguenza coi frutti, prodotti da essa, qualora non sieno stati diffalcati dall'ammontare del credito, per sicurezza del quale fu costituito il pegno (*fr. 22 §. 2 fr. 33 Dig h. t. XIII, 7 - cost. 2, 3 Cod. eod. IV, 21*).

2.° a prestare la *diligentia*, e la *custodia* (*fr. 13 §. 1 Dig. h. t. XIII, 7 - Istit. §. 4 quib. mod. III, 14 - cost. 19 Cod. de*

pignor. et hypoth. VIII, 14 - cost. 5, 6, 8 Cod. de pignorat. act. IV, 24); vantaggioso. Non può usare della cosa oppignorata, quando a ciò non sia stato specialmente autorizzato, altrimenti si fa responsabile di qualunque danno, e perfino di quello derivante da caso fortuito (*fr. 11 §. 1 Dig. de pign. et hypoth. XX, 1 - fr. 8 Dig. in quibus causis pign. XX, 2 - Istit. §. 6 de obligat. quæ ex delicto IV, 1*). Di tutte queste sue Obbligazioni può ottenersi l' adempimento con l' *actio pignoratitia directa*, azione che non può essere intentata contro di lui, se non quando egli sia stato sodisfatto, azione che si prescrive in 30 anni.

§. 307. Chi *dà la cosa in Pegno*, è obbligato:

1.º A risarcire la persona, cui la cosa è data, di tutti i danni che quest' ultima potesse averle fatto risentire, ed a rimborsarla di tutte le spese che le avesse cagionato (*fr. 31 Dig. h. XIII, 7*).

2.º A guarentire alla persona, cui impegnò la cosa, le qualità della medesima necessarie al fine per cui fu oppignorata, e l'assenza di ogni vizio o difetto, che potesse produrre perdita, o diminuzione di sicurezza (*fr. 1 §. 2, fr. 36 Dig. h. t. XIII, 7*).

3.º A costituire un nuovo pegno, se il primo viene a mancare, o si scuopre insufficiente (*fr. 9 pr., fr. 16 §. 1, fr. 32 Dig. h. t. XIII, 7*).

4.º A ripetere il pegno, ingiustamente tolto alla persona cui fu costituito, ed a restituirlo ad essa *fr. 3, fr. 22 §. 3 Dig. h. t. XIII, 7*).

5.º Chi costituì il Pegno, risponde del *Dolo e della colpa leve*, se lo costituì per interesse proprio, vale a dire se impegnò la cosa per garantire un debito proprio; risponde della colpa *lata*, se la impegnò per garantire un debito altrui: avvegnachè nel primo caso risente vantaggio dal Contratto, non già nel secondo (*fr. 22 §. 4 Dig. h. t. XIII, 7 - fr. 8 §. 1 Dig. eod. - fr. 12 §. 1 Dig. de distract. pign. XX, 5*). - A tutto questo può essere astretto mediante l' *actio pignoratitia contraria*.

B) Contratti Reali Innominati

Dig. Lib. XIX. Tit. 4 de rerum permutatione. - Tit. 5. de præscriptis verbis, et in factum actionibus. - Cod. Lib. IV. Tit. 64 de rerum permutatione et præscriptis verbis. - Dig. Lib. XII, Tit. 2 de condictione causa data, causa non secuta. - Cod. Lib. IV. Tit. 6 de Conditione ob causa datorum.

§. 308. Nel trattare dei Contratti Reali in generale, fu per noi osservato avere i medesimi il loro fondamento nella regola di equità naturale: che quegli, il quale ha ricevuto una cosa per restituirla, o per fare in contraccambio una prestazione qualunque, sodisfaccia a tale obbligazione, assunta nel ricevere la cosa con quell'intendimento. - Fu allora eziandio avvertito, come il Diritto Civile Romano sanzionasse questo principio, di equità, da primo, in soli quattro casi, cioè nei casi di Mutuo, di Commodato, di Deposito, e di Pegno, riconoscendo soltanto queste 4 Convenzioni come causa di Obbligazione Civile e di Azione. Ma negli altri casi diversi da questi, ed in cui tuttavolta sembrava dover militare lo stesso principio di equità naturale, il Pretore dava una *actio de dolo* contro chi, avendo ricevuto una cosa per restituirla, o per fare in contraccambio una prestazione qualunque, vi si ricusava (*fr. 5 §. 3 Dig. de præscr. verb. act. XIX, 5 - fr. 16 §. 1 in f. Dig. eod.*). Se non che, tale azione come quella che portava infamia al condannato nel giudizio cui dava luogo, raramente veniva sperimentata; quindi fu ammessa la regola, che al Creditore fosse lecito, se non esigere l'adempimento dell'obbligazione che aveva inteso di concludere, almeno ripetere dal Debitore, con *una condictio causa data, causa non secuta*, quello che gli aveva dato con l'intendimento di far nascere siffatta obbligazione (*fr 3 pr. §. 1, 2, 3 Dig. de condict. causa data XII, 4 - fr. 1 §. 1, 2, fr. 4 Dig. de condict. sine causa XII, 7 - fr. 7 Dig. de præscr. verb XIX, 5*). Finalmente, in qualche caso il Pretore dava una *actio in factum*, una azione cioè, la quale invece di contenere nella *demonstratio* il nome del Contratto, conteneva l'esposizione del fatto (*fr. 7 §. 2 Dig. de Pactis II, 14*). - Così procederono le cose, fin-

chè Aristone Celso, giureconsulto vissuto ai tempi di Trajano, fece accogliere come principio generale la massima: esistere *causa civile*, o *ragione sufficiente di contratto*, ogni qualvolta una parte avesse ricevuto una cosa, per fare in contraccambio una prestazione correspettiva (*fr. 7 Dig. de Pactis II, 14*). Ammesso questo principio. per logica conseguenza fu accordata una azione per far valere questa maniera di Contratti, azione introdotta per analogìa del Gius civile, *civilis in factum actio*, detta *præscriptis verbis actio* (1). Se si prescinde da questa differenza (in Gius Nuovo puramente nominale) nell' azione, i Contratti che si chiamano *Innominati*, (perchè non hanno azioni dotate di nome speciale, *actionum nomina*, per farli valere) hanno la medesima efficacia degli altri Contratti Reali. - Ciò non pertanto, hanno questo di singolare, che in essi fu mantenuta al Creditore la facoltà, in caso di ineseccuzione dell' obbligazione per parte del debitore, di ottenere mediante la *condictio*, *causa data causa non secuta*, la restituzione di ciò che gli fu dato per concludere il Contratto. - Siffatta *Condictio*, che era, come abbiamo dichiarato, il mezzo di cui si valeva il creditore, prima della introduzione dell' *actio præscriptis verbis* (in mancanza di altri mezzi più efficaci per farsi indennizzare), venne conservata eziandìo quando quell' azione fu introdotta; divenne un privilegio dei Contratti Reali Innominati, privilegio che gli interpreti del Diritto Romano appellano *jus pœnitendi*. Attalchè il Creditore ha in questi Contratti Reali Innominati l'ozione, o di esigerne l'esecuzione, con l' *actio præscriptis verbis*, o di ottenere la restituzione di ciò che ha dato, con la *condictio causa data causa non secuta* (*fr. 5 §. 1 Dig. de præscript. verb. XIX, 5*). Tut-

(1) Benchè sia nel Trattato delle Azioni e della Procedura, che si debbano spiegare i nomi delle Azioni, reputiamo opportuno, accennare quì il significato della qualifica *præscriptis verbis*, data all' *actio* in discorso. Nel sistema di *procedura formulare*, chiamavasi *intentio* quella parte della formula rimessa dal *Pretore* al *Giudice*, in cui si contenevano le conclusioni dell' attore, ed ove erano in sostanza determinati i punti litigiosi. Se il Pretore prima dell'*intentio* (*præ*) avesse aggiunto, *scriptis verbis*, una indicazione delle circostanze particolari del caso, che dovevano essere considerate dal Giudice per pronunziare la Sentenza, l' *actio* pigliava la qualifica di *præscriptis verbis*. Anche dopo che fu cessato il sistema di procedura formulare, l' *actio præscriptis verbis* conservò il nome antico.

tavolta, qualora un termine fosse stato apposto all'esecuzione della obbligazione, non sarebbe lecito al Creditore, prima dello spirare di quel termine, esercitare il suo *jus pœnitendi;* e per altra parte il Debitore non ha il dovere giuridico di tollerare quell'esercizio, quando dimostri che l'inesecuzione dell'obbligazione non è imputabile a lui, perchè fu conseguenza di forza maggiore (*fr. 5 §. 1 e 2 Dig. de præscr. verb. XIX, 5 - fr. 3 §. 2 e 3 fr. 5 Dig. de condict. causa data XII, 4 - cost. 10 Cod. eod. IV, 6*). La regola ammessa mercè il Giureconsulto Aristone, esistere ragione sufficiente di contratto, quando una parte ha ricevuto una cosa *(res)*, per fare una prestazione correspettiva, procedeva nel concetto, che fosse stata corporale la cosa (*res*) ricevuta; ma per interpretazione estensiva del significato della voce cosa (*res*), quella regola fu generalizzata, ed applicata ancora ai casi nei quali, una parte avesse fatto una prestazione qualunque a favore dell'altra, con l'intenzione comune, respettivamente di ottenere, e di fare un'altra prestazione in contraccambio. - Per le quali cose, ai tempi del Giureconsulto Paolo, furono riconosciute nei Contratti Innominati quattro configurazioni: *Do ut des - do ut facias - facio ut des - facio ut facias (fr. 5 Dig. de præscript. verbis XIX, 5).* - Notevoli applicazioni dell'*actio præscriptis verbis* si riscontrano: nella ***Permuta***, nel ***Contratto Estimatorio***, nel ***Contratto di Suffragio***.

(I) *Permuta* (Permutatio).

Dig. Lib. XIX. Tit. 4 de rerum permutatione. - Cod. Lib. IV. Tit. 64 de rerum permutatione, et præscriptis verbis.

§. 309. La Permuta, è un Contratto *do ut des*, adoprato il verbo *dare* nel suo significato tecnico, nel quale indica trasferire la Proprietà (*fr. pr. §. 3 Dig. h. t. XIX, 4*). In Diritto Romano questo Contratto è perfetto, quando una parte ha dato una cosa, affinchè chi la riceve dia un altra cosa in contraccambio (*Istit. §. 28 de Action. IV, 6 - fr. 1, 2 Dig. h. t. XIX, 4 - cost. 2 Cod. h. t. IV, 64*). La convenzione sola, di dare per ricevere, non costituisce il Contratto. Abbenchè la Permuta abbia lo stesso scopo della Compra e Vendita, e ne abbia anzi

tenuto il luogo prima dell'introduzione della Moneta (*fr. 1 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1*), e con la Compra e Vendita dai Giureconsulti della scuola di Sabino e di Cassio fosse confusa (*Gajo III, 141. - Istit. §. 2 de emt. et vendit. III, 23*), pure tuttavolta, con i Proculejani, ha da essere distinta da quella, specialmente perchè:

1.° La Permuta è un Contratto Reale, il quale per conseguenza, si perfeziona mediante la Tradizione: la Compra e Vendita, è un Contratto Consensuale, il quale si perfeziona col Consenso (*fr. 1 §. 2, 3 Dig. h. t. XIX, 4 - cost. 3 Cod. eod. IV, 64*).

2.° Nella Permuta, la dazione della cosa ne trasferisce la proprietà nell'accipiente, quand'anche egli si astenesse dal dare *alla sua volta* in contraccambio ciò che deve dare; nella *Compra* e *Vendita* per lo contrario, generalmente non è acquistata dal Compratore la proprietà della cosa comprata, finchè egli non ha pagato il prezzo (*cost. 4 Cod. h. t.*).

3.° Nella Permuta, le parti sono obbligate a trasferirsi reciprocamente la proprietà delle cose permutate (*fr. 1 pr. Dig. h. t.*), nella Compra e Vendita, il Venditore si obbliga soltanto *a fare avere* al compratore la cosa che gli vende (*ut rem emtori habere liceat*). Laonde i principj dell'Evizione, sono più rigorosi in materia di permuta, che di compra e vendita. Verbigrazia, una parte appena viene a sapere, che la cosa consegnatale dall'altra parte, non è proprietà di quella, ha facoltà di agire immediatamente, sebbene in effetto non siasi per anco verificata la Evizione (*fr. 16 in f. Dig. de cond. causa data XII, 4 - fr. 1 pr. Dig h. t. XIX, 4 - fr. 25 §. 4 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - fr. 11 §. 2, fr. 30 §. 1 de act. emti XIX, 1*).

4.° Nella Permuta, il Permutante può con l'*actio præscriptis verbis* ottenere la esecuzione del Contratto, o se lo preferisce può esercitare l'*jus pœnitendi*, ed ottenere la restituzione della cosa che ha dato (*fr. 1 §. 4 Dig. h. t. XIX, 4 - fr. 5 Dig. de præscript. verbis XIX, 5 - cost. 5 Cod. h. t. IV, 64*), mentre nella Compra e Vendita la inesecuzione del Contratto, non autorizza a chiederne la risoluzione, e dà Diritto unicamente ad ottenere un risarcimento di danni.

5.° Finalmente, nella Permuta viene data una cosa per averne un altra, nella compra e Vendita una cosa per avere del danaro contante (*Istit.* §. *2 de emt. et vendit. III, 23 - fr. 5* §. *1 Dig. de præscript. verb. XIX, 5*).

2) Del Contratto Estimatorio (*Contractus Æstimatorius*) *Dig. Lib. IX, Tit. 3 De æstimatoria.*

§. 310. Il Contratto Estimatorio era: un *Contratto Reale innominato, mediante il quale si dava a taluno una cosa, affinchè la vendesse per un prezzo determinato, e procurasse quel prezzo al tradente, ovvero gli restituisse la cosa* (*fr. Dig. h. t.*). Ove il Consegnatario avesse ricavato dalla vendita, un prezzo maggiore dello stabilito, avrebbe potuto appropriarsi quell' eccedente (*fr. 1* §. *1 Dig. h. t.*); ove ne avesse ricavato un prezzo, minore, questo di meno era a suo carico. Aveva perfino facoltà, di ritenere la cosa per se, pagandone il prezzo determinato (*fr. 44 Dig pro Socio XVII. 2 - fr. 13 pr. fr. 17* §. *1 Dig. de præscr. verb. XIX, 5*). La Consegna della cosa, non trasferiva la proprietà della medesima nel consegnatario, se non quando quest' ultimo avesse pagato il prezzo stabilito (*fr. 5* §, *18 Dig. de tribut. act. XIV, 4*). Gli era lecito farsi promettere un salario dal consegnante, e gli spettava allora *l' actio æstimatoria utilis* per conseguirne il pagamento, dopo avere eseguito la sua obbligazione. (*fr. 2 Dig h. t. XIX, 3*). Rispondeva del Dolo e della Colpa (*fr. 17* §. *1 Dig. 5 Dig. de præscrip. verbis XIX, 3*). Il caso fortuito, non era a suo carico, ammenochè:

a) ne avesse assunto espressamente la responsabilità (*fr. 5* §. *6 Dig. de pignorat. act. XIII, 6 fr. 1* §. *1 Dig. h. t. XIX, 3*).

b) o avesse fatto istanza per concludere questo contratto (*fr. 1* §. *1 Dig. h. t. XIX, 5 fr. 17* §. *1 Dig. de præscr. verb. XIX, 3*. - Il Contratto Estimatorio, contratto di buona fede, che rassomiglia assai al Contratto di Commissione del nostro odierno Diritto Commerciale, fu da alcuni considerato come una Compra e Vendita, da altri come un Mandato, o come una Locazione e Conduzione di opere (*fr. 1 pr. Dig. h. t. XIX, 5*), ma a torto; e di fatto compra e vendita non era, perocchè chi riceveva la cosa, non era obbligato a pagarne il prezzo, e po-

teva liberarsi restituendola; non era neppure un Mandato, perchè chi si incaricava di vendere, riceveva un salario in caso di vendita, oppure riteneva l'eccedente ricavato oltre il prezzo stabilito, senza essere obbligato a render conto del suo operato; e nemmeno era una Locazione e Conduzione di opere, la mercede, non essendo uno degli estremi di tal contratto. In verità era dunque un *Contratto Reale*, di cui si otteneva l'esecuzione mediante la *præscriptis verbis actio*, che in questo caso aveva nome di *æstimatoria*, o *de æstimato*, perchè intesa alla prestazione del prezzo determinato.

3) Contratto di Suffragio (*Contractus Suffragii*)
Cod. Lib. IV. Tit. 3 De suffragio.

§. 311. Il Contratto di Suffragio era quello: *pel quale si dava a taluno qualche cosa, affinché l'accipiente si interponesse presso il Principe, a favore del trasferente.* Questa mostruosità Bisantina, fu tollerata a condizione:

a) che il trasferente non desse con lo scopo di ottenere, per l'intercessione dell'accipiente, la nomina ad un pubblico uffizio

b) che l'accipiente non fosse per uffizio obbligato a adoperarsi a vantaggio del trasferente (*cost. un. Cod. de suffragio IV, 3- Nov. 8 cap. 1 - Nov. 161 cap. 2.*).

II. Contratti Verbali (*Verborum obligatio*)
Istit. Lib. III. Tit. 15 de verborum obligatione Dig. Lib. XLV, Tit. 1 de verborum obligationibus. Cod. Lib. VIII. Tit. 38 de contrahenda vel committenda stipulatione.

§. 312. I Contratti Reali, dei quali abbiamo adesso trattato, i Contratti Consensuali, dei quali parleremo fra non molto, si concludono o con la consegna di una cosa, (*re*) o col consenso (*consensu*); hanno dunque il loro fondamento in un fatto naturale e razionale; ora dobbiamo dire di quei Contratti, i quali più presto che sulla consegna di una cosa, o sul consenso, si fondano sul *segno*, sulla *forma* adoperata dalle parti nel vincolarsi, contratti che i Commentatori appunto per questo, chiamano *Formali*. I Contratti Formali sono: *Verbali o Litterali*. Prima diremo dei *Verbali*.

§. 313. Avvertimmo poco sopra (§. 279, pag. 66), che le obbligazioni si contrassero primitivamente mediante il *Nexum*, il quale constava di due elementi: la dazione di una cosa, e le parole sacramentali proferite nel momento della tradizione; che in progresso di tempo questi due elementi furono disgiunti, ed ognuno di essi anche solo, fu considerato come *causa civilis* sufficiente; onde furono riconosciute quali obbligazioni civilmente valide, oltre quelle contratte *re*, eziandìo quelle contratte *verbis*, cioè mediante la solennità delle parole sacramentali, adoperate dalle parti nel vincolarsi. - Di tre obbligazioni Verbali troviamo menzione nelle nostre fonti: 1° La *Dotis Dictio* 2° la *Promissio operarum jurata, a liberto facta* 3° La *Stipulatio*.

§. 314. La *Dotis Dictio*, e la *Promissio operarum jurata, a liberto facta*, venivano compiute mediante parole solenni, proferite da una parte sola, dalla parte che si obbligava, senza bisogno che l'altra parte proferisse formula alcuna di interrogazione o di accettazione; la *Stipulatio* richiedeva invece, che parole solenni fossero proferite da ambedue le parti (*Gaii Epitome Instit. II. 9 §. 3 e 4 - Ulp. Reg. VI, 1, 2 - Vatic. Jur. fragm. §. 99 e seg*). La *Dotis Dictio*, ultronea promessa di Dote, della quale dovremo parlare più diffusamente trattando della Dote, andò ben presto in disuso; e nel Diritto Giustinianeo più non esiste - Della *Promissio operarum jurata a liberto facta*, sembra fosse fatta menzione, insieme con la *Dictio Dotis*, da Gajo nelle sue Istituzioni, là dove trattava delle obbligazioni contratte *verbis*, ma in quel punto una pagina intiera è rimasta illeggibile, ed il contenuto ne è compendiosamente riferito nell'Epitome delle Istituzioni di quel Giureconsulto, che occorre nel *Breviarium Alaricianum*. Notizie relative a questa *Promissio* possono ricavarsi dal Titolo 1, Libro XXXVIII. delle Pandette, Titolo che ha per Rubrica: *De operis Libertorum*, non che dal Titolo 3°, Lib. VI. del Codice, titolo che ha l'uguale Rubrica, *de operis Libertorum*. Da queste Fonti attingiamo, che era una semplice promessa del servo fatta con giuramento (*fr. 7 pr. §. 2 Dig. de op. lib. XXXVIII, 1 - fr. 44 pr. Dig. de lib. causa XL, 12*) di prestare al padrone opere fabrili, in ricompensa della libertà. Il padrone esigeva dal servo tal promessa, prima

di manometterlo, e la voleva accompagnata da giuramento, affinchè il sentimento religioso conferisse a procurarne l'osservanza; ma siccome durante la servitù, fra Padrone e Servo non potevano aver luogo obbligazioni civili, quella promessa doveva venire reiterata dopo la manomissione (*fr. 7 §. 2. Dig. de op. lib. XXXVIII, 1 - fr. 44 Dig. de liberali causa XL, 12*); allora acquistava forza obbligatoria: forza obbligatoria, che non derivava tanto dalla solennità delle parole pronunziate dal liberto promettendo, quanto dalla religione del giuramento (*Gajo Epit. II, 9 §. 3*). Vero è bene, che di regola da un patto giurato non nasceva obbligazione civile, e per conseguenza neppure azione, quando il patto stesso, di per se non fosse stato rivestito di azione, ma per la promessa giurata dai liberti cotal regola, dall'Editto del Pretore, era stata limitata. Nelle Istituzioni Imperiali, fra le obbligazioni che si contraggono *Verbis*, occorre solamente la:

STIPULAZIONE (*STIPULATIO*)

Istit. Lib. III. Tit. 15 de verborum obligatione - Tit. 18 de divisione stipulationum - Tit. 19 de inutilibus stipulationibus - Dig. Lib. XLV. Tit. 1. de verborum obligationibus - Cod. Lib. VIII. Tit. 38 de contrahenda et committenda stipulatione. - Tit. 39 de inutilibus stipulationibus.

§. 315. La Stipulazione può essere definita, come: un *Contratto verbale, unilaterale, che prendeva vita dalla solennità delle parole, che le parti proferivano, ed era concluso, quando l' una interrogata formalmente dall' altra, se voleva dare, fare o prestare qualche cosa, lo prometteva incontanente, correlativamente alla domanda* (*fr. 5 §. 1 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*). Molte e varie sono le etimologìe assegnate alla voce *Stipulatio*. Paolo (*Sent. Recept. V, 7, 1*) pretese, che *stipulatio* derivasse da *stipulum*, « *stipulum* enim veteres *firmum* appella- « verunt; forte (aggiungono i Compilatori delle Istituzioni Im- « periali h. t. pr.) forte *a stipite* discendens. Isidoro (*Orig. IV. 24*) invece lasciò scritto, che derivasse *a stipula* « Veteres enim quando sibi aliquid promittebant, *stipulam* tenentes frangebant, quam iterum jungentes, sponsiones suas agnoscebant » A noi, preferibile sembra l' etimologìa assegnata da Varrone (*de*

lingua latina IV, 56), che fa derivare quella voce *a stipe*, e *stipis* significava danaro: quod *æs* quoque stipem dicebant; infatti la *stipulatio* soleva andar congiunta in origine alla *Mancipatio*, insieme con la quale costituiva il *Nexum*, *Mancipatio* la quale si eseguiva *per æs et libram*. - La *Stipulatio* constava essenzialmente di due parti:

a) Di una domanda fatta dal creditore (*rogatio*, *interrogatio*)

b) di una risposta fatta dal debitore (*sponsio*, *responsio*). La risposta consistendo in una promessa, comunemente si diceva *promissio*, e la domanda *stipulatio*, onde *reus promittendi* e poi *promissor*, fu sinonimo di debitore, e *reus stipulandi* o *stipulator* di creditore (*fr. 1 Dig. duob. reis XLV, 2.*). Della stipulazione, atto eminentemente civile, furono in origine capaci i soli cittadini: poi per satisfare ai bisogni della pratica, eziandìo i Peregrini. *Dari spondes?*. - *Spondeo*, tale era la formula più antica propria della *Stipulatio*, formula che faceva di mestieri proferire in lingua latina, e che proferire non poteva chi non era cittadino. Permessa la *Stipulatio* ai Peregrini, doverono adoperare le seguenti formule: *promittis?* - *promitto* (prometti? prometto) - *fidepromittis?* - *fidepromitto* (prometti sulla tua fua fede? - Io prometto) *fidejubes? fidejubeo* (ti fai mallevadore? mi faccio mallevadore) *dabis?* - *dabo* (darai? darò) *facies?* - *faciam* (farai? farò). Era lecito proferire queste formule in qualunque idioma, nè si esigeva che la domanda fosse nell'idioma stesso della risposta, quando le parti intendevano ambedue gli idiomi adoperati (*Gajo III. §. 92 a 94- Paolo II, 3 - Istit. §. 1 de verb. oblig. III, 15 - fr. 1 §. 5 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*). Requisito essenziale della Stipulazione, era la presenza delle parti, che volevano contrattare, coerentemente alla regola dell'antico Diritto: non essere lecito acquistare, nè obbligarsi per *liberas personas* (*Gajo III. 138 - Paolo V, 7, 2 - Istit §. 12 de inut. stip. III, 19 - fr. 1 pr. Dig. de verb. oblig. XLV, 1*): onde l'impossibilità di stipulare fra assenti. A questo inconveniente fu ovviato col farsi, rappresentare da un servo o da un figlio, sul quale si avesse patria potestà; così si spiega il frequente intervento di persone siffatte, nei negozj civili dei tempi più antichi. Gli schiavi in pecu-

liar modo giovavano a quest' uopo, al muto, al sordo, all' infante, perchè costoro non potendo proferire o udire le formule della *Stipulatio*, ne erano personalmente incapaci (*fr. 1 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*).

§. 316. In antico giusta la regola: *obligatio ex heredis persona incipere non potest* (*Gajo III*, 106, 101, 119, 158, 176 *Istit.* §. *13 de inut. stip. III, 19*), la Stipulazione non poteva avere per objetto una prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante, o del promittente. Sembrava agli antichi Giureconsulti, contradittorio, assurdo, *inelegans*, (come dice Gajo), che taluno promettesse o si facesse promettere una prestazione, che non si poteva personalmente eseguire od esigere, la quale ridondava a vantaggio o carico soltanto dell' erede (*Gajo III, 100 - cost. un. Cod. ut actiones et ab heredibus, et contra heredes incipiant IV, 1*). Con l' intendimento di sottrarsi a quella regola, lo stipulante o il promittente solevano aggiungersi altre persone, che intervenivano come loro ausiliarj (*adstipulatores, adpromissores*). Costoro, alla morte della persona, cui si erano aggiunti a stipulare od a promettere, esigevano od eseguivano la prestazione, che era objetto dell' obbligazione; poi gli eredi dello stipulante intentavano contro gli *adstipulatores* del loro autore, un *actio mandati directa*, perchè trasferissero loro l' utile ricavatone, e gli *adpromissores* intentavano un *actio mandati contraria* contro gli eredi della persona cui si erano aggiunti a promettere, perchè li rilevassero dalle conseguenze pregiudicevoli dell' eseguita prestazione (*Gajo III, 110 111*); in questa guisa sugli eredi ricadevano in ultima analisi, gli effetti della Stipulazione fatta dai loro autori, per dopo la propria morte. Venne a mancare il bisogno degli *adstipulatores* e degli *adpromissores*, allorquando fu per Giustiniano ammesso, che le azioni potessero aver principio nella persona degli eredi, sia che queste azioni fossero dagli eredi, o contro gli eredi sperimentate (*cit. cost. un. Cod. ut actiones IV, 11 Istit.* §. *13 de inut. stip. III, 19*). Come Stipulazioni nulle erano considerate nel più vetusto Diritto Romano, le *stipulationes præposteræ*; e tali si dicevano quelle: in cui si prometteva di effettuare la esecuzione di una obbligazione condizionale, prima del verificarsi della condizione.

Stipulazione di siffatta maniera, sarebbe stata verbigrazia questa: *Si cras, navis ex Asia venerit, hodie dari spondes?* Stipulazione prepostera, perchè in essa era messo avanti (*præ*), quello che aveva da venire dopo (*post*): il termine fissato per l' adempimento dell' obbligazione, è infatti, quì preposto al verificarsi della condizione: si promette di adempire, avanti di esservi obbligati (*Istit.* §. *14 de inut. stip. III, 19*). Leone I. volle, che una stipulazione così concepita, non fosse inutile in materia di dote, e Giustiniano (come avvertono i Compilatori delle sue Istituzioni) le accordò validità in qualunque materia. (*Istit. l. cit. - cost. 25 Cod. de testam. V, 25.* L' obbligazione fu riconosciuta valida, sebbene concepita, in quella forma irregolare, ma l' esecuzione della medesima, non potè essere richiesta se non dopo il verificarsi della condizione; quindi nell'esempio citato, finchè la nave non fosse tornata dall' Asia, non avrebbesi avuto facoltà di esigere il promesso. E questo basti, intorno alle regole sulla validità delle Stipulazioni; noi possiamo passarci dal riferire i molti principj in proposito, contenuti in special modo nelle Istituzioni (*Tomo III. Titolo 19 de inutilibus stipulationibus*), perocchè quei principj essendo comuni alle obbligazioni tutte, più presto che speciali alle obbligazioni che si contraggono *verbis*, già li abbiamo dichiarati nello esporre i requisiti delle Convenzioni in generale (Vedi sopra §. 262, pag. 38 e seguenti).

§. 317. La Stipulazione, quale è stata fin quì per noi descritta, andò a poco a poco perdendo i suoi pristini caratteri. Già l'Imperatore Leone aveva reso inutile l'uso di parole solenni, di formule sacramentali, ordinando che la Stipulazione dovesse riuscire efficace, *etiamsi non solemnibus, vel directis, sed quibuscumque verbis*, fosse stato espresso il consenso delle parti (*cost. 10 Cod. de contr. stip. VIII, 38*), quando Giustiniano le arrecò una modificazione anco più importante - Prima di questo Imperatore, era invalso l' uso di redigere in iscritto degli istrumenti (*instrumenta*), contenenti la descrizione di tutto quanto le parti avevano fra loro stipulato, istrumenti cui la consuetudine voleva accordata forza probatoria (*Paolo V, 7, 2*), e che erano così una garanzìa (*cautio*) per lo stipulante, che il promittente non a-

vrebbe impugnato la sua promessa, od i termini della medesima - Giustiniano accrebbe l'importanza di siffatti istrumenti, e sminuì quella della Stipulazione, statuendo che tali istrumenti dovessero aver piena fede tanto, che chi li produceva fosse esonerato dall'obbligo di provare le circostanze della Stipulazione, l'adempimento delle condizioni richieste alla validità della medesima, e fra queste specialmente la presenza delle parti. Tutte le dichiarazioni e menzioni contenute nell'*instrumentum*, ebbero da allora in poi da ritenersi per vere, fino a prova evidentissima in contrario, da fornirsi o con altro istrumento, o per via di testimonj fededegni (*cost. 14 Cod. de contrah. et committ. stip. VIII, 38*). Siccome bastò, che le parti avessero fatto registrare nell' *instrumentum*, essere state osservate le formalità della *Stipulatio*, affinchè le medesime si ritenessero come osservate, così evidentemente esse vennero a scapitare in importanza; ma a vero dire, riconosciute inutili affatto non furono, che dopo Giustiniano (*Nov. Leon. 72 - Interpret. ad Paul. Sent. V, 7, 2*).

§. 318. La Stipulazione in origine fu adoperata per farsi promettere una somma certa di danaro contante (*pecunia certa*), e poi una quantità *determinata* di cose fungibili di valore *certo*, o una *species* individualmente *determinata*, cose tutte che progressivamente furono considerate come un *certum* (*fr. 74 e 75 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 fr. 6 Dig. de reb. cred. XII, 1*); venne poi tempo, che anche un *incertum*, e perfino la promessa di un *facere*, potè essere objetto di stipulazione; ma infrequente fu l'uso di stipulare un *incertum*; e quando ciò si faceva, solevasi esigere dal promittente, che si obbligasse a pagare una penale (*stipulatio pœnæ*) fissata in una somma di danaro contante, (*pecunia certa*), che rappresentava l'interesse dello Stipulante all'esecuzione della promessa. Quì non si arrestò l'estensione dell'uso della *Stipulatio*: essa servì non solamente a dare efficacia civile alla promessa di una somma di danaro (*certa pecunia*), o di un altro *certum*: fu adoperata eziandìo qual mezzo generale per dare carattere, ed efficacia civile, a qualunque convenzione: più di frequente fu una forma con la quale si rivestirono tutte le Convenzioni, che non essendo ancora riconosciute dal Diritto, non avrebbero prodotto obbliga-

zione, nè azione civile; ma fu usata ancora ad aggiungere precisione e sicurezza alla esecuzione di convenzioni, che efficacia civile avrebbero avuto (*fr. 5 §. 1 de act. emti XIX, 1 - fr. 4 Dig. de Usuris XXII, 1*), od a trasformare (*novare*) per qualche motivo speciale, una convenzione in un altra (*Istit. §. 2 quibus mod. oblig. toll. III, 29*), non che ad aggiungere ad un Contratto, qualche convenzione accessoria, p. e. una clausula penale, o il patto delle usure. Pare a prima vista, che la *Stipulatio* come forma *unilaterale* di obbligarsi, non dovesse essere applicata alle convenzioni bilaterali, o sinallagmatiche (*ultro citroque obligatio*), ma la verità, è che fu adoperata anche per queste; se non chè allora invece di una *stipulatio*, se ne facevano due correspettive, in guisa, che la persona la quale rivestiva la qualità promittente nell'una, rivestisse la qualità di stipulante nell'altra, e viceversa.

§. 319. Dalla Stipulazione nasceva in Diritto Romano un *actio ex stipulatu*, la quale quando objetto della *Stipulatio* era una *certa pecunia*, chiamavasi *condictio certi*, e quando un altro *certum*, chiamavasi *condictio triticaria*. L'obbligazione che derivava dalla Stipulazione era *stricti juris*, ove fosse stato stipulato un *certum*, ed era per l'opposito *bonæ fidei*, ove fosse stato stipulato un *incertum*.

§. 320. Nelle nostre Fonti (*Istit. Lib. III, Tit. 21 de divisione stipulationum - fr. 5 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*), occorrono più distinzioni delle Stipulazioni, delle quali è questo luogo opportuno ad istituire un esame. - La principale fra queste distinzioni, è quella di Stipulazioni *Convenzionali* e *Non Convenzionali*. - Le *Convenzionali*, come l'indica il nome, erano quelle che derivavano da Convenzione dei contraenti, vale a dire senza ordine, nè del Giudice, nè del Pretore, ma per accordo delle parti; e queste erano di tante specie, quante le Convenzioni possibili fra le parti (*Istit. §. 3 de div. stip. III, 21*). Le *Non Convenzionali*, cioè quelle ordinate dall'autorità, e dette *Cautiones*, erano: *Pretorie*, *Giudiciali*, *Comuni* (*fr. 5 Dig. de verb. oblig. XLI, 1*).

1.º *Pretorie*, erano quelle fatte alla presenza del Pretore, per suo comando od approvazione, e dietro una sommaria cognizione,

che egli prendeva dell' affare, senza rinviare le parti dinanzi al Giudice. - Esempj di stipulazioni Pretorie sono: la *cautio damni infecti*, e l'altra *Legatorum nomine*. (*fr. 5 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 1 §. 2 Dig. de stip. prœt. XLVI, 5*). Della *cautio damni infecti* fu altrove detto qualche parola (*Vedi Vol. I. Lib. II. §. 74 let. b) n. 7 pag. 492*) : Aggiungiamo quì, la ragione per la quale veniva imposta siffatta *cautio*. Fintantochè il danno non si verificava (*damnum infectum*), contro il proprietario dell' edifizio minacciante rovina, non aveva azione il proprietario limitrofo, che temeva danno dalla rovina: se poi l'edifizio fosse rovinato, mediante l'*abbandono noxale* dei materiali, il proprietario si sarebbe potuto sottrarre a qualunque responsabilità: *Si modo omnia quœ jaceant, pro derelicto habeat* (*fr. 6 Dig. de damno infecto* XXXIX, 2). Volendo dunque garantirsi in modo efficace dal danno della rovina, faceva di mestieri ottenere la *cautio* in discorso, per la quale il proprietario dell' edifizio rovinoso, prometteva di pagare i danni e gli interessi, ove non avesse fatto i restauri necessarj ad impedire la rovina (*fr. 1 §. 7 Dig. de stip. prœt. XLVI, 5 - fr 1 Dig. de damno infecto* XXXIX, 2). Siffatta *cautio* si esigeva sempre per un tempo determinato, scorso il quale e perdurando il pericolo, ottenevasene il rinnuovamento (*fr. 15 Dig. de damno infecto* XXXIX, 2). - Il Legatario, che dal defunto era stato onorato di un legato sotto *condizione sospensiva*, od a termine (*sub condictione,oin diem*), poteva convenire l'Erede dinanzi al Pretore, affinchè questi lo costringesse a prestare la cauzione di satisfare al Legato, tostochè si fosse o verificata la condizione, o giunto il termine (*Dig. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur* XXXVI, 3 - *Cod. ut in possessionem legatorum, vel fideicommissorum servandorum causa mittatur, et quando satisdari debeat VI, 54*); così evitavasi il caso, che l'Erede disperdesse le cose ereditarie, o divenuto insolvente, frustrasse i Diritti dei legatarii. - Qualora l'erede si fosse ricusato a questa *cautio*, il legatario era immesso nel possesso delle cose ereditarie, *ut tœdio perpetuœ custodiœ, extorqueat heredi cautionem* (*fr. 5 Dig. ut in poss.* XXXVI, *4*).

2.° *Giudiciali*, sono le Stipulazioni fatte alla presenza del Giudice, e per sua ingiunzione, verbigrazia la *cautio de dolo*, c

quella *de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio (fr. 69 §. 5 Dig. de Legat. I. - XXX).* Allorquando il Pretore aveva rinviato le parti dinanzi al Giudice, perchè questi decidesse la controversia a norma dei principj di diritto, che Egli aveva dichiarato nella formula, il Giudice decideva eziandìo su tutti gli incidenti, che potevano emergere nella questione. Laonde allorchè disputavasi sul Dominio di una cosa, ritenuta dal reò convenuto, e questi per sfuggire alla condanna pecuniaria, consentiva a restituire l'oggetto litigioso, l'attore per guarentirsi che quell' oggetto non fosse stato corrotto, o guastato nascostamente, in modo da renderglielo inutile o poco proficuo, (come se al servo reclamato fosse stato propinato un lento veleno, che ne avrebbe poi cagionato la morte), poteva chiedere, ed il Giudice ordinare, che il detentore stipulasse la *cautio de dolo*, cioè guarentisse mediante stipulazione, che egli avrebbe restituito la cosa senza danno, e corruzione *(ne forte deterioror res sit facta, fr. 20, fr 21 fr. 45 Dig. de rei vindicat. VI, 1 - fr. 15 Dig. de pign. act. XIII, 7 - fr. 9 §. 7 Dig. quod metus caussa IV, 2 - fr. 5 §. 7 Dig. de dolo malo IV, 3).*- Se il reo convenuto, per quanto pronto a restituire il servo, era nella impossibilità di farlo, perchè senza sua colpa quel servo fosse fuggito, poteva l'attore chiedere ed il Giudice ordinare, che prestasse la *cautio de servo persequendo, restituendove pretio*, cauzione che tornava utile all'attore, nell'ipotesi che durante il giudizio, il reo convenuto avesse compiuto la usucapione del servo, e per conseguenza a lui solo fosse lecito perseguitarlo con l'azione reale nascente dal Dominio. Il reo convenuto, per tale *cautio* si obbligava dunque, con una sola stipulazione a due cose.

1.° ad un *facere*, cioè a perseguitare il servo, ed a renderlo all'attore.

2.° ad un *prestare*, vale a dire a pagarne il prezzo a titolo di penale, nel caso in cui non eseguisse il fatto promesso (*Vedi Teofilo Praraf. h. t. - fr. 11 Dig. de stip. præt. XLVI, 5.*). Altri Esempj di stipulazioni giudiciarie, possono riscontrarsi nei *fr. 7 e 10 Dig. si Servitus vindicetur. VIII, 5 - fr 16 pr. e fr. 25 §. 10 Dig. fam. ercisc.* X, 2.

3.° *Comuni* erano le Stipulazioni, che potevano essere ordinate, tanto dal Pretore, quanto dal Giudice. Appartenevano a questa categorìa, la stipulazione *rem pupilli salvam fore*, e quella *de rato* (*Istit.* §. *4 de divis. stip. III, 18 - fr. 5 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr.* §. *Dig. de stip. prœt. XLVI, 5*). Della *prima* fra queste stipulazioni trattammo in materia di Tutela (*Vedi Vol. I. Lib. I.* §. *229 n 2 pag. 364 e 365*); è per altro necessario aggiungere ora, che questa Stipulazione di ordinario veniva ordinata dal Pretore; ma se in una causa pendente dinanzi al Giudice, compariva il pupillo assistito da un Tutore, che non avesse ancora prestato la cauzione *rem pupilli salvam fore*, il Giudice sulla domanda dell'altra parte (cui interessando avere un legittimo contradittore, contro il quale potesse eseguirsi efficacemente la sentenza, opponeva il difetto della *cautio* medesima *cost. 3, Cod. de tut. vel curat. V, 42*), astringeva il Tutore a prestarla, quando altrimenti non fosse stato possibile procedere oltre in causa, (*si aliter hæc res expediri non potest - (Teof. Parafr. h. l.)*. La seconda delle ricordate Stipulazioni, quella cioè *de rato*, si esigeva da chi si presentava in giudizio (*procurator ad litem*) per interesse altrui (*dominus litis*). - La Sentenza preferita contro il *procurator*, non potendo venire opposta al *dominus litis*, si esigeva dal quel primo, che garantisse la ratifica del suo operato, per parte di questo secondo.

III. *Contratti Litterali.*

(*Literarum obligatio*)

Istit. Lib. III. Tit. 21 de Literarum obligatione - Cod. Lib. IV. Tit. 30 de non numerata pecunia. - Lib. V. Tit. 15 de dote cauta non numerata - Gajo Comm. III. §, *128 - 134.*

§. 321. I Contratti Litterali sono: *Contratti unilaterali, che si fondano sulla solennità della scrittura, nel modo stesso che la stipulazione si fonda sulla solennità delle parole*. Trattandosi di *scrittura*, è importante cosa distinguere l' ufficio diverso, che può avere nei contratti; imperocchè possa essere talvolta *mezzo probatorio*, talaltra *condizione del consenso*, e perfino *causa* di obbligazione.

a) Serve di mezzo probatorio, quando è destinata a far fede di ciò che le parti convennero; ed è questa la funzione più comune della scrittura. Trattando della *Stipulatio* dicemmo, che le parti solevano redigere per iscritto ciò che avevano verbalmente stipulato: allora il documento scritto (*instrumentum, cautio*) non dava origine all' obbligazione, che questa preesisteva: serviva solamente a provarla. Una scrittura per esempio, destinata a constatare un debito, che taluno avesse contratto per danaro mutuatogli, (scrittura che i Romani appellavano *nomen arcarium*) in cui fosse indicata la vera causa per la quale taluno si chiamava debitore, non dava vita ad obbligazione; l' obbligazione derivava dal Mutuo, dalla consegna del danaro estratto dallo scrigno, *ex arca* (onde *nomen arcarium*) del Mutuante, e consegnato al Mutuatario (*Gajo III*, 131)

b) La scrittura può essere eziandìo, *condizione del consenso* delle parti: queste, verbigrazia, nel Contratto di compra e vendita, possono apporre qual condizione alla perfezione del contratto la redazione in iscritto del medesimo; allora il vincolo obbligatorio non esiste, finchè la scrittura non è redatta; ma ancora in tal caso, causa della obbligazione, non è già la scrittura, sibbene il consenso; soltanto, il consenso è alligato ad una condizione, la redazione in scritto della convenzione. E tanto è vero, che la scrittura non è quì la causa giuridica dell' obbligazione, che se essa non facesse menzione del consenso delle parti, sulla cosa e sul prezzo, non esisterebbe Compra e Vendita.

c) Ma nel contratto Litterale dei Romani, la scrittura non era mezzo probatorio, nè condizione del consenso, essa era invece la vera *causa dell' obbligazione*. Essendo essa stessa la scaturigine del vincolo obbligatorio, non conteneva menzione alcuna della causa del medesimo; unicamente perchè conteneva la menzione dell' obbligazione, questa esisteva, senza indagare la causa remota per cui taluno compariva debitore di un altro. Il fatto generatore del vincolo, era lo scritto, e solamente lo scritto. Ciò si verificava:

1.º Nei *Nomina Transcriptitia*.

2.º Nei *Chirographa*.

3.º Nelle *Syngraphæ*.

1.° *Nomina Transcriptitia*

§ 322. Era costume a Roma, che ciascun *paterfamilias* tenesse dei registri, o libri domestici, presso a poco come oggi giorno i nostri mercanti tengono i loro libri di commercio (*Cic. in Verrem II, 1, 23 - pro Roscio Amer. c. 3 - pro Cœlio c. 7. - de Oratore II. 23*). L'uno di questi libri, chiamato *adversaria*, era uno scartafaccio, sul quale venivano notate tutte le operazioni di cassa, vale a dire tutti i pagamenti e le riscossioni di contanti, a mano a mano che venivano fatte. Ogni mese questo scartafaccio veniva spogliato, e le partite del medesimo, erano riportate per ordine in altro libro, detto *Codex accepti et expensi*, specie di Libro di Cassa, che serviva di prova pienissima, mentre lo Scartafaccio non aveva valore probatorio (*Cic. pro Roscio. c. 3*). Nel *Codex*, una pagina era destinata all'*Avere* (*Expensum*), ed una pagina al *Dare* (*Acceptum*) (*Plin. Istit. Nat. II. c. 7*); l'*Expensum* corrispondeva all'*Avere*, perchè il *Paterfamilias* vi segnava il danaro, che aveva sborsato, e di cui restava in *Credito*: *l'Acceptum* corrispondeva al *Dare*, perchè il *Paterfamilias* vi segnava il danaro ricevuto, e di cui restava in *Debito*. Laonde, allorquando il *Paterfamilias* riscuoteva, segnava il nome (*nomen*) della persona che aveva pagato, il danaro o la somma riscossi, all'*Acceptum*, *acceptum ferebat*; ed allorquando pagava, o prestava il danaro, segnava il nome della persona cui lo sborsava, e la somma sborsata, all'*Expensum expensum ferebat.* Avveniva di frequente, che i nomi (*nomina*) di coloro coi quali il *paterfamilias* faceva affari di questo genere in contanti, fossero *trascritti* dalla pagina dell'*acceptum*, a quella dell'*espensum*, e viceversa: onde si dicevano *nomina transcriptitia*. E *Nomen*, che in origine significava il nome della persona con la quale si facevano queste operazioni di cassa, significò in seguito più specialmente, i nomi dei Debitori, ossia i *Crediti* del *Paterfamilias*. Le iscrizioni e trascrizioni sul *Codex*, servivano per lo più di mezzo di prova. Esempigrazia, se il nome di alcuno fosse stato trascritto nella pagina dell'*Expensum*, con la dichiarazione che ivi si trovava, perchè gli era stata accomodata a mutuo una somma, il *Codex*

constatava l' esistenza del Mutuo; ma l' obbligazione non nasceva in tale emergenza, dall' aver portato il nome del Debitore all' *Expensum*, ossìa dalla *Expensi latio*, sibbene dalla dazione della cosa a Mutuo; la obbligazione in una parola era contratta *re*, non *literis*. La scrittura, che provava questo credito, sarebbe stata (l' abbiamo avvertito per incidenza poco sopra) un *nomen arcarium*, non sarebbe stata causa di obbligazione; il credito non avrebbe avuto efficacia civile *literis*, bensì *re* (*Gajo III*, 131). Ma se allo opposito, *per ordine*, o *col consenso del Debitore*, il *Paterfamilias* scriveva nel suo *Codex*, che costui gli doveva p. e 1000 sesterzj, senza indicare a che titolo, senza dichiarare perchè: la sola iscrizione dava vita al vincolo obbligatorio. Come nella *Stipulatio* bastava, che alla interrogazione *Dari spondes?* fosse risposto *spondeo*, affinchè l' obbligazione nascesse, così nel contratto litterale bastava all' effetto stesso, la *Expensilatio* conforme all' ordine ricevuto da taluno di scrivere il suo nome alla colonna dell' *Expensum*; e come nella *Stipulatio* le parole, indipendentemente dalla ragione per la quale erano proferite, obbligavano, così nel Contratto Litterale obbligava la sola trascrizione del nome di taluno alla colonna dell'*Expensum* (*Expensilatio*): faceva nascere il vincolo obbligatorio. La scrittura, corrispondente all' ordine od al consenso, costituiva il contratto litterale, nel modo stesso che nella Stipulazione la risposta corrispondente alla domanda, costituiva il contratto verbale. La trascrizione del nome di taluno alla colonna dell' *Expensum*, ossìa l' *Espensilatio* in forza della quale costui diveniva Debitore *literis*, poteva avvenire per due ragioni:

a) Taluno poteva avere avuto per lo innanzi un Debito con un *Paterfamilias*, o per averne ricevuto danaro a mutuo, o per non avergli pagato il prezzo di una cosa comprata, od il fitto di uno edifizio condotto da lui. Prima che cotal Debitore, desse ordine al suo Creditore di trascrivere il nome di lui, Debitore, alla colonna dell' *Expensum*, il Debitore riconosceva come causa della sua obbligazione il Contratto Reale di Mutuo, oppure il Contratto Consensuale di Compra e Vendita o di Locazione e Conduzione, ed il *Codex* era un mezzo probatorio di tali contratti; ma dopo che il Debitore aveva consentito, o dato or-

dine al suo Creditore, che iscrivesse il suo nome senza indicazione di causa, sul *Codex* all' *Espensum*, il suo Debito si convertiva, mediante tale *Expensilatio*, in una obbligazione litterale, il suo debito da una *causa reale* che aveva, assumeva una *causa personale*; onde siffatta trascrizione dicevasi avvenire *a re in personam*, perocchè non più dal fatto antecedente (*ex re*) derivava l' obbligazione, bensì dalla volontà del debitore (*ex persona*).

b) La *Transcriptio* poteva avvenire ancora, *a persona in personam*; e questo era il secondo caso di Trascrizione. Se taluno, p. e. Tizio, che era debitore di un *Paterfamilias*, ma creditore di un terzo, (di Cajo) conveniva col proprio Creditore, che invece di scrivere all' *Expensum*, il nome di lui (Tizio) vi transcrivesse il nome del terzo (Cajo), il debito di Tizio, passava allora in testa di Cajo: vi era *transcriptio a persona in personam* (*Gajo III, 128, 129, 130 - Gai. in Brev. Alarician. Lib. II. Tit. 9 §. 12 - Teofil. Parafr. Istit. III, 21*). In ambedue questi casi di Trascrizione, ossia tanto nella *Transcriptio a re in personam*, quanto in quella *a persona in personam*, l' *expensilatio*, fatta per ordine e consenso del debitore obbligava, e l'obbligazione nasceva *literis*.

§. 323. L' esistenza dell' obbligazione litterale, dipendeva da due fatti:

a) *l' expensilatio* (il fatto materiale della trascrizione allo *expensum* del nome di taluno).

b) il consenso o l' ordine della persona, il cui nome era trascritto. Attalchè chi pretendeva esser creditore *literis*, doveva provare l' uno e l' altro di questi fatti. La materiale trascrizione si provava, con la produzione del *Codex Accepti et Expensi*; il consenso o l' ordine del Debitore si poteva provare con qualunque mezzo, ma specialmente mediante testimonj, o mediante i sensali, *pararii*, intervenuti come intermediarii nell' affare (*Seneca de beneficiis lib. 3 §. 3*), che per lo più si facevano assistere alla *Expensilatio*, fatta dal *Paterfamilias* alla presenza del Debitore, presenza la quale tattavolta sappiamo non essere stata indispensabile (*Gajo III, 138*). Agevolmente poi, si provava, ottenendo dal Debitore la produzione del suo *Codex*, sul

quale egli doveva avere iscritto come *Acceptum*, la somma pagatagli, e che sul *Codex* del creditore, figurava all' *Expensum*. Il confronto dei due registri, se ambedue tenuti regolarmente e fedelmente, provava in modo incontestabile il fatto della convenzione conclusa *literis*; ed era obbligo rigoroso di ogni *Paterfamilias*, tenere con la massima precisione ed esattezza il respettivo *Codex*, tantochè si reputava disonorato, chi avesse disprezzato quel dovere morale e civile (*Cic. in Verrem II*, 1, *25*). Ma se con malvagio intendimento, il Debitore non avesse trascritto sul suo Registro, come *Acceptum* il Danaro ricevuto, era giuoco forza allora far ricorso agli altri mezzi probatorii. Stava al creditore provare che l' *Espensilatio* era stata da lui eseguita, dietro l' ordine o il Consenso nel Debitore, come nella *Stipulatio* stava allo stipulante a provare, che il promittente aveva pronunziate le formule solenni di promessa (*Cic. pro Roscio III*, *5*). Provata la materiale iscrizione, ed il consenso o l' ordine del Debitore, era provata l' obbligazione senza bisogno di dimostrarne la ragione, salvo per altro al Debitore il diritto, come nella stipulazione, di far valere specialmente l' *exceptio doli*, od ancora quella *metus causa*, se il consenso gli fosse stato carpito con inganno, od estorto per violenza (*Val. Maxim. VIII*, 22)

§. 324. Era questione fra i Giureconsulti Romani (lo attesta Gajo) se i *Nomina Transcriptitia* obbligassero i Peregrini (*Gajo III*, 133). Nerva opinava per la negativa, in qualunque caso; Sabino e Cassio sostenevano, che li obbligassero quando la *Transcriptio* avveniva *a re in personam*; perocchè (dicevano essi) allora l' obbligazione aveva un fondamento naturale nella cosa già ricevuta: non così quando la *Transcriptio* avveniva *a persona in personam*, conciossiachè l' obbligazione fosse allora puramente litterale, e perciò propria dei soli cittadini Romani. Ma tutti ammettevano, che il *Nomen Arcarium*, come quello che aveva per base un Contratto di Mutuo, obbligasse eziandìo i Peregrini (*Gajo III* 132).

§. 325. Oltre i *Nomina Transcriptitia*, dipendenti dall' *Espensilatio* su i registri del creditore, abbiamo detto, che si conoscevano altre due forme di Contratto Litterale, proprie dei Pe-

regrini, cioè i Chirografi e le Singrafi (*Chirographa, Syngraphæ, Gajo III, 134*).

2° *Chirographa*.

Erano documenti scritti, firmati dal Debitore, redatti in un solo esemplare, che stava in mano del creditore.

3.° *Syngraphæ*

Erano ugualmente documenti scritti, firmati tanto dal Debitore quanto dal Creditore, redatti in doppio esemplare per comodo di ambedue le parti, e per un solo fine ed effetto (*Ascanius in Verrem II, 1 §. 36*). La Scrittura conteneva come nei Chirografi, così nelle Singrafi, la confessione del Debito, ma senza indicazione della vera causa del medesimo; la sola causa giuridica della obbligazione era adunque, la Scrittura (*Gajo III, 134*).

§. 326. Fino dai tempi di Nerone (*Ascanius in Verrem II, 1 §. 23*) l'uso dei registri era diminuito; non era ancora cessato, vivente Gajo. Gli *argentarii*, banchieri dell'epoca, furono quelli, che più lungamente lo conservarono in vita con i loro registri relativi alle loro operazioni pecuniarie, *mensæ scriptura* (*fr. 7 §. 5, 6. fr. 9 §. 2 Dig. de edendo II, 13 - fr 47 §. 1 Dig. de pactis II, 14. - Cic. pro Cæcina c, 6. - Plin. Hist. Nat. II, 7, 5)*, che era per costoro obbligo tenere (*fr. 4 §. 1 fr. 9 § 2, fr. 10 § 1 Dig. de edendo II, 13*) e che facevano prova dei debiti ivi notati contro gli argentarii medesimi, ed ancora contro altre persone: quando queste avessero concluso un qualche affare a mediazione di un *argentarius*, e l'avessero fatto notare nei suoi registri (*Cic. pro Cæcina c. 6 - Gell. XIV, 2 - fr. 6 §. 5, fr. 9 §. 2 fr. 10. pr. §. 3 Dig. de edendo II, 13 - fr. 9 pr Dig. de pactis II, 14 - fr. 27 §. 1 Dig. de furtis XLVII, 2*).

§. 327. Nell'epoca Giustinianea, era sparita l'antica *obligatio literarum*, era surta per altro una nuova istituzione, che riempì la lacuna lasciata da quella, nella classica quadruplice divisione dei Contratti. Narrammo poco sopra, come fosse invalso il costume di constatare le Convenzioni verbali intervenute

fra le parti, mediante istrumenti redatti in iscritto (*Instrumenta, Cautiones*, ed anche *Chyrographa*) i quali servivano come mezzi di prova (*fr. 4 Dig, de fide instrum. XXII, 4 - cost. 14 Cod. eod. IV, 21*), ma è da avvertire ora, che non si prestava tanto facilmente fede ai medesimi, quando erano intesi a a constatare imprestiti di danaro; avvegnachè non sia raro, che il bisognoso di danaro, prima che effettivamente gli venga contato, rilasci un atto, in cui confessa averlo ricevuto e si obbliga a restituirlo: e ciò con lo scopo di trovare in questa guisa più facilmente e più presto, chi glielo accomodi a prestanza. Per cotale riflesso fu ammesso, che al Debitore fosse lecito impugnare con l' *exceptio non numeratæ pecuniæ* la verità del Mutuo, del quale faceva fede il documento rilasciato, ed imposto l' obbligo, al creditore di provare allora la effettiva numerazione o il disborso del contante, (*cost. 3 e 4 Cod. de non num. pec. IV, 30*). Inoltre fu autorizzato chi aveva rilasciato quel documento, senza avere ricevuto il contante, a ripetere il documento medesimo, con una *condictio sine causa*, volgarmente chiamata *querela non numeratæ pecuniæ* (*cost. 7, 14 §. 4 Cod. h. t. IV, 30 - cost. 4 Cod. de condict. ex lege et sine causa IV, 9*). Ma questa *querela*, e quella *condictio*, dovevano essere sperimentate dentro un termine perentorio, che prima di Giustiniano era di 5 anni, e che dopo di lui fu di 2 anni (*cost. 14 pr. Cod. de non. num. pec. IV, 30*). Spirati i due anni, il documento faceva prova piena contro chi lo aveva firmato; e per disposizione di Giustiniano, non si ammetteva la prova della falsità del fatto, che il documento constatava (*cost. 8 14 Cod. h. t. IV, 30*). Decorso quel *biennio*, il Chirografo costituiva dunque una obbligazione litterale, perchè il sottoscrittore era condannato per la sola esistenza del medesimo; laonde tal documento non era un mezzo probatorio, era una causa di obbligazione. Considerando siffatti Documenti in questo aspetto, Giustiniano desideroso di conservare la quadruplice distinzione dei Contratti, cioè di Contratti Reali, Verbali, Litterali, e Consensuali, in luogo dell' antica *obligatio literarum*, introdusse questa nuova di origine ben diversa (*Istit. de lit. oblig. III, 21*). Se nonchè impropriamente questa nuova Istituzione è detta Contratto, ogni

Contratto esigendo il Consenso dei paciscenti: più esattamente si potrà designare il rapporto giuridico che ne deriva, come una *Obbligazione nascente dalla scrittura*.

§. 328. L' Obbligazione Litterale, in Gius Nuovo occorre in materia di Mutuo, e di Dote promessa ma non numerata.

a) Chi confessò per iscritto di aver ricevuto a Mutuo una somma di danaro, od una quantità di cereali, se non ha avuto nulla, o se ha ricevuto meno del confessato, può durante *due* anni opporre l' *exceptio non numeratæ pecuniæ*, all' azione del Mutuo, con la quale l' altra parte pretendesse costringerla a restituire quello e quanto confessò di aver ricevuto. Questa *exceptio*, spetta anche agli Eredi, ai Mallevadori, e perfino ai Creditori del confitente (*Cost. 8, 12, 15, Cod. h. t. IV, 30*). In conseguenza della medesima, il preteso Mutuante deve provare la verità del Mutuo (*pecuniam esse numeratam*), in difetto della qual prova è condannato (*cost 1, 2, 3, 9, 14, Cod. h. t. IV, 30*). Lice eziandìo al confitente, durante *due* anni, ripetere la restituzione del documento, (che contiene la sua confessione di debito) con la *condictio sine causa* (*cost. 7 Cod. h. t. IV, 30 - cost. 4. Cod. de condict. ex lege et sine causa IV, 9*). Ma spirati i due anni, (i quali pel Minore cominciano a decorrere dal momento, che ha raggiunto la maggiorità), il confitente è obbligato a pagare, sebbene non abbia ricevuto nulla, e possa provarlo. La ragione di questa sua obbligazione, non risiede già nell' avere egli ricevuto, sibbene nell' avere confessato per iscritto di dovere; laonde è obbligato *non re*, ma *literis* (*Istit. in f. de Oblig. lit. III, 21 - cost. 8 e 14 pr. Cod. h. t, IV, 30*) - Non gli sarebbe lecito oppore l' *exceptio non numeratæ pecuniæ*, nè la *condictio sine causa*:

a) Quando, confessato in iscritto di aver ricevuto a Mutuo, posteriormente e separatamente confermasse il fatto della numerazione del denaro, rinunziando alla *exceptio* in discorso, o con parole espresse, o tacitamente; come sarebbe col cominciare a fare qualche parziale pagamento (*cost. 4 e 16 Cod. h, t. IV, 30*).

b) Quando il documento fosse fatto a favore degli *argentarii* (*Nov. 136. c. 5*).

§. 329. Il conjuge, che confessò in un istrumento dotale, od in altro istrumento qualunque, di aver ricevuto una Dote costituitagli, ma che effettivamente non gli venne contata, può respingere l'azione intentata, da chi nelle circostanze fissate dalla legge ha diritto di esigere la restituzione dalla Dote, con l' *exceptio dotis cautæ, sed non numeratæ.* Tale eccezione spetta eziandìo al suo Erede. Lice ad ambedue ripetere il chirografo contenente quella confessione di Dote, valendosi della *querela dotis non numeratæ.* Il marito ha diritto di valersi di quella *exceptio* e di questa *querela*, durante *un anno*, se il Matrimonio è durato *meno di due anni*, e durante *tre mesi*, se il Matrimonio è durato *più di due anni, ma meno di dieci.* Decorsi questi termini, come pure se il Matrimonio è durato *più di dieci anni*, il marito ed il suo erede, decadono da siffatto diritto, ed in essi è obbligo di restituire, sebbene manchi l'effettivo ricevimento. Chi contrasse Matrimonio essendo minore, ha *dodici anni* di tempo per esercitare il Diritto in discorso; e se muore prima dello spirare dei medesimi, il suo erede *maggiore di età*, ha un *anno di tempo*, ed il suo erede *minore*, ha *cinque anni*. Cotali termini cominciano a decorrere, dal dì dello scioglimento del Matrimonio (Vedi il *Codice al Lib. V, Tit. 15 de dote cauta non numerata e la Novella 100*).

IV. *Contratti Consensuali*

(Obligationes quæ Consensu contrahuntur)

Istit. Lib. III. Tit. 23 De Consensu obligatione.

§. 330. I Contratti Consensuali sono: *Contratti la cui piena validità ed efficacia dipende dal solo consenso reciproco dei contraenti.* Tutti i Contratti hanno senza meno, qual requisito essenziale il Consenso, ma nei Contratti Reali oltre il Consenso, addimandasi la consegna della cosa; nei Contratti Verbali, le parole solenni, proferite dalle parti presenti; nei Litterali, la scrittura: e finchè quella consegna non avvenne, quelle parole non furono pronunziate, quella scrittura non fu esarata, vincolo obbligatorio non sorge, contratto perfetto, valido, ed efficace non esiste. Per lo contrario alla perfezione dei Contratti Consensuali, *sufficit, eos, qui*

negotium gerunt, consentire (*Istit.* §. 1 *h. t. III.* 23 *Gajo III*, 135). Quattro furono i Contratti Consensuali, riconosciuti nell' epoca classica del Diritto Romano: 1.° La Compra e Vendita. 2.° La Locazione e Conduzione 3.° La Società. 4.° Il Mandato. Zenone Imperatore ne aggiunse un quinto, il Contratto Enfiteuticario. Delle Costituzioni Imperiali riconobbero forza obbligatoria ancora ad altre Convenzioni, che si concludono mediante il solo consenso, ma queste essendo state ammesse quando già l' albo dei contratti era chiuso, non poterono esservi iscritte, e rimasero nella categorìa dei Patti. I Contratti Consensuali derivano dal Gius delle Genti, e perciò le parti sono vincolate fra loro *ex æquo et bono*; sono *bonæ fidei negotia* (*Istit.* §. 3 *h. t. III*, 22).

a) Compra e Vendita (*Emtio Venditio*)

Istit. Lib. III. Tit. 23 *de Emtione et Venditione - Dig. Lib. XVIII. Tit.* 1 *de contrahenda emtione - Lib. XIX. Tit.* 1 *de actionibus emti et venditi - Cod. Lib. IV. Tit.* 38 *de contrahenda emtione et venditione - Tit.* 49 *de actione emti et venditi - Dig. Lib. XXI. Tit.* 1 *de ædilitio edicto, et redhibitoria, et quanti minoris - Tit.* 2.° *de evictionibus et duplæ stipulationibus - Cod. Lib. IV. Tit.* 58 *de ædilitiis actionibus - Lib. VIII. Tit.* 45 *de evictionibus*.

§. 331. Il Contratto di Compra e Vendita è: *un Contratto Consensuale, pel quale una persona, che dicesi Venditore, si obbliga a fare avere ad un altra, che dicesi Compratore, una cosa, per una determinata somma di danaro, che quest' ultima si obbliga a pagarle* (*Istit. de emt. et vend. III*, 23 - *fr.* 1 §. 2 *Dig. de contrah. emt. XVIII*, 1). Il Contratto di compra e vendita, è un Contratto bilaterale o sinallagmatico (*ultro citroque obligatio*), nascono cioè dal medesimo due obbligazioni reciproche (*alter, alteri obligatur*): per una parte (pel venditore, *venditor*) l' obbligazione di *fare avere* una cosa al compratore (*rem præstare habere*, *ut rem emtori habere liceat*, *rem licere habere, evictionem præstare)*, per l' altra (pel compratore, *emtor*) l' obbligazione di pagare il prezzo stabilito. E

spetta a ciascuna delle parti una azione, per ottenere dall'altra la esecuzione della respettiva sua obbligazione. Il Compratore ha a quest'effetto l'*actio emti* o *ex emto*, il Venditore l'*actio venditi* o *ex vendito*, detta ancora *actio pretii* (*cost. 7 Cod. act. emti vend. IV, 49*). Ha facoltà di vendere e di comprare, chi ha capacità di alienare, di obbligarsi, e di acquistare. Ma ai Tutori, ai Curatori, ai Mandatarj, ed ai Pubblici Amministratori, non lice comprare i beni dei quali hanno l'amministrazione (*fr. 34 §. 7 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - cost. 5 Cod. eod. IV, 38 - fr. 5 §. 2 - 6 Dig. de auct. tut. XXVI, 8 - fr. 46 Dig. de contr. emt. XVIII, 1*), nè ai pubblici ufficiali tanto civili quanto militari, comprare beni immobili nelle Provincie, ove esercitano le loro funzioni (*fr. 6 Dig. de off. proc. I, 6 - fr. 62 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - fr. 9 pr. Dig. de re milit. XLIX, 14*), ed alle persone *nobiliores* è proibito il traffico (*cost. 3 Cod. de comm. et mercat. IV, 63 - cost. un. Cod. negot. ne milit. XII, 35*).

§. 332. La compra e vendita, come Contratto Consensuale, si perfeziona mediante il Consenso; e non si indaga il modo col quale è prestato, quando consta del medesimo (*fr. 1 §. 2 fr. 2, §. 1 Dig. de contr. emt. XVIII, 1*) Ma ove le parti avessero convenuto, doversi il Contratto reputare perfetto dopo la sua redazione in iscritto, quella redazione diviene una condizione del consenso, attalchè contratto non esiste prima della verificazione, di cotal condizione, sibbene semplice patto (*cost. 17 Cod. de fide instrum. IV, 21*.

§. 333. Astrazione fatta dalla Capacità dei Contraenti, estremi del Contratto di Compra e Vendita sono: La *Cosa*, il *Prezzo*, il *Consenso*.

a) La Cosa (*Res*)

Possono essere vendute e comprate, tanto delle cose corporali, quanto delle incorporali, così delle cose singole, come una università di cose. Esempigrazia, si può comprare e vendere, tanto un edifizio, quanto un diritto di servitù (*fr. 80 §. 1 Dig. de contr. emt. XVIII, 1*, o un credito; così un cavallo, come una mandra, un peculio, od una eredità (*Dig. XVIII, 4*

e *Cod. IV, 39 de hereditate vel actione vendita*). Ma non già le cose *extra commercium*, come le *res divini juris*, gli uomini liberi (*fr. 4, 5, 6 pr. fr. 34 §. 2 fr. 62 §. 1 de contr. emt. XVIII, 1 - Istit. §. 4 de emt. et vendit. III, 23*), le cose pubbliche (*fr. 62 §. 1 Dig. eod. XVIII, 1*). Per preciso disposto di legge, sono inalienabili il fondo dotale, le cose furtive o litigiose (*fr. 34 §. 3 Dig. eod. XVIII, 1 - cost. 2 e ult. Cod. de litigiosis VIII, 37*), le cose nocive e pericolose, come i veleni, le armi da guerra etc. (*cost. 1 Cod. quæ res exportari non debentur. IV, 41 - fr. 35 §. 2 Dig. de contr. emt. XVIII, 1*). La Compra e Vendita di queste cose eccettuate, è nulla, sia che il Venditore ed il Compratore ignorassero di non potere respettivamente venderle e comprarle, sia che ambedue lo sapessero (*Istit. §. 5 de emt. et vendit. III, 23 - fr. 70 Dig. de contr. emt. XVIII, 1*). Ma ove il Compratore fosse stato in buona fede, ed in cattiva fede il venditore, quegli avrebbe diritto di ottenere da questo un indennità, sperimentando l' *actio emti.* (*Istit §. 5 de emt. et. vendit. III, 23 - fr. 4 Dig. de contr. emt. XVIII, 1*) [1]. Queste regole valgono eziandio per la Compra e Vendita di una cosa certa e determinata, che più non esistesse nel momento della conclusione del contratto: p. e. per la compra e vendita di un edifizio che il giorno del contratto era bruciato (*fr. 57 pr. Dig. de contr. emt.* XVIII, 1). È lecito vendere ancora la *cosa altrui*, *rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est.* (*fr. 18 Dig. de contr. emt. XVIII, 1*), avvegnachè il Venditore obbligandosi a fare avere la cosa al Compratore (*ut rem emtori habere liceat, evictionem præstare*) possa sodisfare a questa obbligazione, ancora per riguardo alla cosa altrui. Ma per l' impossibilità del venditore di eseguire la sua obbligazione, e pel nessuno interesse del compratore a farla eseguire, è assolutamente nulla la Compra della cosa propria del venditore, sia essa comprata scientemente o no. Comprata la cosa nostra, ignorando questa sua qualità, potremo ripetere il prezzo (*fr. 16 Dig. de contr. emt. XVIII, 1* -) Valida tuttavolta sarebbe questa compra, se il nostro Dominio fosse limitato da qualche *jus in re*, e con la compra lo volessimo fare illimitato (*fr. 16 §. 1 e fr. 34 §. 4.*

Dig. eod. XVIII, 1). È valida la Compra e Vendita di *cose future*, di cose, cioè che ancora non esistono, ma l' esistenza avvenire delle quali è più o meno probabile; nonostante fa di mestieri distinguere su questo proposito, l' *emtio spei dall' emtio rei speratæ*, ossia la compra della speranza, dalla compra della cosa sperata. Nella compra della speranza, è assolutamente incerto se la speranza si realizzerà. Chi compra, esempigrazia da un cacciatore, un determinato trarre di reti, compra l' alea, la sorte; attalchè comunque le reti in quel tratto, rimangono vuote, deve pagare il prezzo pel quale lo comprò; e come il prodotto di quel trarre di reti poteva avanzare di gran lunga il prezzo sborsato, così può eziandio riuscire nullo; ma ad ambedue le eventualità deve il compratore sottostare, perchè appunto intese correre la sorte, la ventura, comprando (*fr. 8 §. 1 Dig. de contrah. emt. XVIII, - 1 fr. 11 §. 18 in f., fr. 12 Dig. de act. emti. XIX, 1 - fr. 10, 11, 12 Dig. de hered et act. vend. XXVIII, 4*). La Compra della *cosa sperata*, ha effetto soltanto, quando la cosa sperata viene ad esistere; e se all' epoca designata non non si realizza, vi è obbligo pel compratore di pagare il prezzo stabilito. Verbigrazia ove Tizio avesse comprato il futuro raccolto, che secondo le leggi naturali è verosimile che sia per esistere, qualora non si realizzasse, il Contratto non sortirebbe effetto (*fr. 8 pr. fr. 39 §. 1 fr. 78 §. 3 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1*). Ma il venditore potrebbe essere obbligato ad indennizzare il Compratore, se avesse saputo o potuto sapere, che la cosa non esisterebbe (*fr. 8 pr. fr. 78 §. 3 Dig. de contr. emt. XVIII, 1 - fr. 7, e 8 Dig. de hered. vel act. vend. XVIII, 4*). Così se taluno vende il puledro, di cui la sua cavalla sarà per sgravarsi, sapendo che questa si è già sgravata, dovrebbe indennizzare il compratore. Spesso in pratica è difficile decidere, se le parti intesero a concludere una *emtio spei*, od un *emtio rei speratæ*; nel dubbio è da ritenere che intendessero a quest' ultima, talchè il compratore non sarà obbligato a pagare il prezzo se non quando la cosa esisterà, perchè di regola non vi è vendita senza cosa (*fr. 8 pr. Dig. de contr. emt. XVIII, 1, e fr. 7 Dig. de hered. vel. act. vend. XVIII, 4 - Mühlembrüch Doctr. Pandect. §. 392*).

§. 334. Il prezzo deve: *consistere*:

1° *in danaro*, così decise Giustiniano, a favore dei Proculejani, la questione, che contro i Sabiniani agitavano, pretendendo questi ultimi, che qualunque cosa avente valore, potesse essere data come prezzo (*Gajo III, 141 - Istit. §. 2. de emt. et. vendit. III; 23 - fr. 1 §. 1 e fr. 79 de contr. emt. - XVIII, 1 fr. 6, §. 1. e 2. de act. emti XIX, 1*). In *Gius* Nuovo senza prezzo (ripetiamolo) può esistere Permuta, Compra e Vendita non mai. Ma ancora in Gius Nuovo, se le parti fissarono da primo un prezzo in contanti, e poi stabilirono che fosse in facoltà del debitore dare una certa quantità di oggetti determinati di un valore equivalente a quel prezzo, esisterebbe Compra e Vendita: perchè solo il prezzo in contanti sarebbe dovuto, e gli altri oggetti sarebbero in *facultate solutionis* (*Gajo III, 141 - cost. 1. Cod. de rerum permut. IV. 64*). Qualora il Compratore si fosse obbligato a pagare il valore di un oggetto vendutogli, parte in danaro, parte con altra prestazione, per esempio: col riattare la casa del venditore, secondo Pomponio esisterebbe Compra e Vendita (*fr. 6. §. 1 Dig de act. emt. XIX, 1*). Comunemente si ritiene, che per decidere se in tal caso vi ha Compra e Vendita o no, si debba esaminare la intenzione delle parti, e quella seguitare. Tale intenzione può rilevarsi dal nome di cui si servirono nel qualificare il contratto, o dalla proporzione in cui stà il valore del danaro promesso, col valore delle altre prestazioni. Ove le parti avessero qualificato il contratto come Compra e Vendita, o il valore del danaro promesso, superasse di gran lunga il valore delle altre prestazioni, dovrebbesi ritenere, che le parti volessero respettivamente vendere e comprare; se no, no.

2° Il prezzo deve essere vero (*pretium verum*), cioè fissato realmente e non in apparenza, perocchè *sine pretio nulla venditio est.* (*fr. 2 §. 1, fr. 36, 38. Dig. di contr. emt. XVIII, 1*). Ove il prezzo fissato fosse stato poi, *ex intervallo*, rimesso o condonato, vendita esisterebbe, e quella remissione sarebbe una donazione successiva: a differenza dal caso in cui il prezzo fosse stato stabilito, ma senza l' intenzione respettivamente, di esigerlo e di pagarlo,- (*fr. 36. de contrah. emt. XVIII, 1*); in questo ultimo caso, giusta il principio: *plus valet quod agitur, quam*

quod simulate concipitur, dovrebbero applicarsi le regole della donazione, la quale può essere fatta eziandio tacitamente e indirettamente (*cost. 9, Cod. de contr. emt. IV, 38*). Il prezzo per esser *vero*, non ha da riuscire derisorio, e tale sarebbe se fosse stato fissato in una somma meschina così, da fare ritenere necessariamente, che le parti lo avessero stabilito per ischerzo. Laonde la vendita fatta, come è detto nelle fonti nostre, *nummo uno* (*cost. 37 Cod. de donat. VIII, 54 - fr. 46 Dig. locati XIX, 2*), vale a dire *pretio nugatorio*, è una Donazione indiretta. Per un prezzo assai basso, ma non derisorio, la vendita è mista di donazione, ma valida qual vendita graziosa (*fr. 38 Dig. de contr. emt. XVIII, 1*). Tal vendita, come quella per un prezzo simulato, non potrebbero venire adoperate ad eludere disposizioni legislative; laonde se fossero concluse fra marito e moglie durante il Matrimonio, sarebbero nulle, e sarebbero rescindibili se intese a defraudare i creditori, od a ledere i diritti dei Legittimarj (*fr. 7 Dig. quœ in fraud. cred. XLII, 8 - cost. 1 Cod. de collationibus VI, 20 - Cod. de inoff. donat. III, 29*).

3.° Il prezzo deve essere *giusto* (*pretium justum*). Sebbene sia lecito alle parti, *quando non adoperino dolo malo*, cercare di avvantaggiare le loro condizioni nel fissare il prezzo della Compra e Vendita (*fr. 16 §. 4 Dig. de Minor IV, 4 - fr. 22 fr. 23 §. 3 Dig. locati XIX*, 2) una grande sproporzione fra il prezzo ed il valore della cosa, sproporzione che superi la metà (*ultra dimidium*), autorizza a conseguire la rescissione del Contratto pel capo della *Lesione* (*cost. 2 Cod. de rescind. vendit. IV, 44*); lo vedremo fra un istante.

4.° Il prezzo finalmente deve essere certo (*justum pretium*) cioè determinato in un modo assoluto, o almeno determinabile per relazione (*fr. 35 §. 1 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - cost. 13 Cod. eod. IV, 38*); determinato in un modo assoluto per esempio, se fu detto il prezzo sia cento scudi di oro, *centum aureos*; determinabile per relazione, per esempio se fu detto il prezzo sia quello, pel quale il venditore comprò la cosa, che ora vende (*quanti tu eum emisti*), oppure prezzo sia tutto il danaro, che il compratore ha nel suo scrigno (*quantum pre-*

tii in arca habeo (*fr.* 7 §. 1, e 2 *Dig. de contr. emt. XVIII*, 1). Mancherebbe la certezza del prezzo, se la fissazione del suo ammontare fosse rilasciata all' arbitrio dell' una delle parti: p. e. *quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris, habebis emtum* (*fr.* 35 §. 1 *Dig. de contr. emt. XVIII*, 1). Lo stesso ripetasi, se quella fissazione fosse rilasciata all' arbitrio di un terzo, senza designare precisamente di chi, *generaliter alieno arbitrio* (*fr.* 25 *pr. Locati XIX*, 2). Era controverso fra le antiche Scuole dei Giureconsulti, come si rileva da (*Gajo III*, 140) se il prezzo fosse certo, quando la determinazione del medesimo fosse stata rilasciata all' arbitrio di una *persona determinata*; *quanti Titius rem æstimaverit* - Labeone sosteneva la negativa (*ullam vim hoc negotium habere*), e Cassio parimente; Ofilio, la cui opinione fu adottata da Proculo, sosteneva invece l' affermativa, e Giustiniano consacrò questa opinione sua (*Istit.* §. 1 *de emt. et vendit. III*, 23 - *cost.* 15 *Cod. de contr. emt. IV*, 38). Senonchè dispose, che ove il terzo designato non avesse voluto o potuto fissare il prezzo, la vendita avesse a ritenersi come nulla per mancanza di prezzo. È dunque una vendita condizionale, e la condizione risiede nella fissazione, che il terzo faccia del prezzo.

c) *Consenso* (*Consensus*)

§. 335. Perchè Contratto Consensuale, la Compra e Vendita è perfetta appena esiste Consenso sulla Cosa e sul Prezzo; la tradizione della cosa, le parole, la scrittura non si richiedono a perfezionarla: attalchè può essere conclusa per interposta persona, o per lettera, eziandìo fra assenti (*Istit. pr. de emt. et vendit. III*, 23 - *Gajo III*, 139 - *fr.* 1 §. 2 *de contr. emt. XVIII*, 1 *fr.* 38 *Dig. de obligat. et act. XLIV*, 7). Questa regola va sottoposta a due limitazioni:

a) Allorquando fu espressamente stabilito, che il Contratto avesse da redigersi in iscritto, e la scrittura fu convenuta, più presto che qual mezzo probatorio, qual compimento dell'atto, qual condizione del consenso, finchè la scrittura non è esarata, il Contratto non è perfetto (*Istit. pr. de emt. et vendit. III*, 23 - *cost.* 17 *Cod. de fide instrum. IV*, 21, ma ciò non ha da

presumersi e nel dubbio deve ritenersi voluta qual mezzo probatorio,

b) Allorquando le cose, che è consuetudine di gustare prima di comprarle, sono state vendute *ad gustum*, il Contratto non è perfetto finchè il compratore non le ha gustate, e dichiarate di sua sodisfazione (*fr.* 34 §. 5 *Dig. de contr. emt. XVIII, 1 - fr. 4 pr.* §. 1 *Dig. de peric. et commod. XVIII, 6*).

§. 336. Il Consenso in questo Contratto, come in ogni altro, deve essere *libero*, vale a dire non estorto per violenza od inganno (*cost.* 11, 14, *Cod. de contrah. emt. IV, 38.*). Tuttavolta troviamo ancora nel Diritto Romano, dei germi delle *Compre e Vendite coatte, o Espropriazioni per utilità pubblica* (*fr. 14* §. 1 *Dig. quemad. servit. amitt. VIII, 6 - fr. 1* §. 25 *Dig. ne quid in loco publico fiat. XLIII. 8*) previa una conveniente indennità (*fr.* 13 §. 1 *Dig. communia prædiorum VIII, 5*), vendite coatte, che il Diritto Romano estende eziandìo alle cose mobili (*Cod. ut nemini liceat in cœmptione specierum se excusare X, 27*). Ma sulle Espropriazioni di beni Immobili per causa di pubblica utilità, molto più esplicite e diffuse sono le Odierne Legislazioni (a). La Compra e Vendita conclusa sotto l'impressione del timore, può essere rescissa (*cost.* 1 *Cod. de rescind. vendit. IV, 44 - fr. 9* §. 3 *Dig. quod metus causa IV, 2, fr. 116 Dig. de regulis juris L, 17*), e quella conclusa per dolo, può secondo i casi essere dichiarata nulla (*fr. 9* §. 2, *fr. 41 pr.* §. 1 *Dig. de contr. emt. XVIII, 1, fr.* 11 §. 5 *Dig. de act. emti XIX, 1*) o ridotta ai termini di giustizia con l'emenda del danno (*fr. 6* §. 1, 2, *fr. 14 fr. 45 Dig. eod. XVIII, 1 - fr. 13* §. 4 e 5, *fr. 52 Dig. de act. emti XIX, 1*) *Vedi sopra* §. *266 let. b pag. 48*).

§. 337. Dopo i Requisiti del Contratto di Compra e Vendita, è da dire dei suoi

a) In Toscana è tuttora un puro desiderio, una Legge *generale* su questa importante materia delle Espropriazioni per causa di pubblica utilità. Disposizioni speciali vennero emanate nell'occasione di qualche singola espropriazione (come p. e. quelle del 6 Marzo 1835, 10 Settembre 1842, 2 Agosto 1844, 25 Febbrajo 1845) ed a queste si ricorre per interpretare l'intenzione del Legislatore, riguardo alla attribuzione o adenzione dei Diritti privati (*Annali di Giurisprudenza Anno VI, 2, 12 77*).

Effetti

Questi sono relativi: 1° al *pericolo* ed al *comodo* della cosa; 2° agli *obblighi* del *Venditore*; 3° agli *obblighi* del Compratore.

1°) Pericolo e Comodo - Appena il Contratto è perfezionato il pericolo (*periculum*) ed il comodo (*commodum*) della cosa venduta, passano nel compratore(*Istit.* §. *3 de emt. et vendit. III, 23 - fr. 34* §. *6 Dig, de contr. emt. XVIII, 1 - fr. 1 pr. fr. 8 pr. Dig. de peric. et commod. XVIII, 6 - cost. 1, 4* §. *6 Cod. eod. IV, 48*).

Sono Eccezioni a questo principio generale, le tre seguenti:

a) Quando delle cose fungibili sono state *vendute a misura*, od a *numero*, o *peso*, sono a rischio e pericolo del Venditore finchè non sono state misurate, o pesate, o numerate, perchè prima l' objetto del Contratto non è per anco individualmente determinato (*fr. 35* §. *5, 7 Dig. de contr. emt. XVIII, 6 - cost.* 2 *Cod. eod. IV, 48*). Se invece furono vendute in monte (*per aversionem*, sono a rischio e pericolo del Compratore, fin dal momento in cui la vendita è perfetta, essendo in tal caso determinato l'objetto del contratto (*fr. 35* §. *5, fr. 6. de contr. emt. - fr. 1.* §. *1. fr. 4.* §. *1. Dig. de peric. et commod. XVIII, 6 - cost. 2 Cod. eod. IV, 48*).

b) Quando la Compra e Vendita è stata fatta sotto condizione, il Contratto pende, e non diviene perfetto, se non che al verificarsi della condizione. Se dunque, nel momento in cui la condizione si verifica, la cosa più non esiste, il Contratto non può aver luogo, non si può esigere il prezzo: attalchè la distruzione totale della cosa così venduta è a carico del venditore. Avviene insomma, lo stesso di quello che accade in una Compra e Vendita pura e semplice di una cosa, che nel momento del Contratto piu non esiste. Il deterioramento della cosa venduta, che avviene nell' intervallo fra il contratto e la verificazione della condizione, ricade invece sul compratore, imperochè al verificarsi della condizione, la Vendita si conferma, il venditore consegna la cosa nello stato in cui si trova senza sua colpa, ed ha diritto di esigere il prezzo stabilito (*fr.* 8 *pr. Dig. de pe-*

ric. et commod. XVIII, 6 - fr. 7 pr Dig. de contrah. emt. XVIII, 1).

c) Quando due cose sono state vendute alternativamente, fino alla scelta sono a rischio e pericolo del Venditore. Ma se periscono ambedue prima della scelta, quella che per caso fortuito perisce l' ultima, perisce pel Compratore (*fr. 34 §. 6 Dig. de contr. emt. XVIII, 1 - fr. 95. pr. Dig. de solut. et liberat. XLVI, 3*). E di vero, finchè una delle due cose esiste, vi è possibilità pel debitore di eseguire la obbligazione, e perita una delle cose, può dare l' altra superstite; la prima dunque perisce a suo carico. Ma la seconda perisce pel compratore, poichè per l' estinzione anche di questa, il Venditore rimane liberato dall' obbligo di consegnare la cosa venduta, non potendo fare avere ciò che più non esiste, ed il Compratore ha l' obbligo di pagare il prezzo fissato.

§. 338. (2) *Obblighi del Venditore.*

a) Il Venditore ha l' obbligo di consegnare la cosa al Compratore, e di trasferirgliene la fisica disponibilità, *vacuam possessionem tradere*, nel tempo e nel luogo stabiliti (*fr. 11 § §. 2 Dig, de act. emti XIX, 1 - fr. 2 §. 1 Dig. eod - fr. 52 Dig. de acq. poss. XLI, 2*). La cosa deve essere consegnata con tutti i suoi accessorj, e tutti i frutti naturali e civili percetti dopo la conclusione del contratto (*fr. 47, 48, 49, 67 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - fr. 7 pr. Dig. de peric. et commod. XVIII, 6 - fr. 13 §. 10 12, 13, fr. 17 pr. §. 2, fr. 48, 52 pr. Dig. de act. emti XIX, 1 - cost. 13 e 16 Cod. eod. IV, 49 - Istit. §. 3 in fine de emt. et vendit. III, 23.*).

b) Il Venditore è responsabile anche della *Culpa levis* (*fr. 5 §. 2 Dig. commod. XIII, 6 - fr. 3, 14 §. 1 Dig. de peric. et commod. XVIII, 6 - fr. 13 §. 16 Dig. de act. emti. XIX, 1 - fr. 38 pr. Dig. damni inf. XXXIX, 2*), ma non del caso fortuito; il *periculum* è a carico del compratore, che è obbligato a pagare il prezzo fissato, sebbene la cosa non possa essergli consegnata, perchè distrutta per un evento al venditore non imputabile (*Istit. §. 3 de emt. et vendit. III, 23*). La inesecuzione infatti, di una obbligazione consistente nel *dare* una specie certa, quando non può essere imputata al Debitore,

non dà alcun diritto al Compratore di essere indennizzato; ora quando la cosa comprata perisce per un evento non imputabile al Venditore, egli è esonerato da qualunque obbligo, il Compratore non può affacciare pretensione alcuna contro di lui, ma deve invece eseguire la sua obbligazione, che consiste nel pagare il prezzo.

c) Il Venditore è obbligato a fare avere la cosa al Compratore (*ut rem emtori habere liceat - rem licere habere*). Il Venditore non si obbliga a fare divenire proprietario il compratore, a *dare* nel senso tecnico: si obbliga, dice Affricano, *ut rem emtori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* (*fr.* 30 §. *Dig. de act. emt. XIX*, 1). Laonde quando il venditore ha consegnato la cosa al compratore, finchè questi conserva la possibilità di tenerla come padrone, (tuttochè quella cosa non appartenesse al venditore, ed il compratore ne venisse in cognizione) non potrebbe detto Compratore sperimentare contro quel Venditore, che non è in dolo, (*fr.* 30 §. 1 *de act. emti XIX*, 1) azione alcuna (*fr.* 25 §. 1 *Dig. de contrah. emt. XVIII*, 1 - *fr.* 11 §. 2 *Dig. de act. empti. XIX*, 1. *fr.* 8 *fr.* 57 *Dig. de evict.* XXI, 2.

§. 339. Talvolta il Compratore non ha la cosa, *o non può goderne pienamente e liberamente*, o per difetto inerente al Diritto del Venditore, o per dei difetti o vizj inerenti alla cosa stessa. Nell' un caso e nell' altro è possibile che il Venditore incorra in responsabilità - Vediamolo.

§. 340. Per l' Editto degli Edili (*fr.* 1 §. 11, *fr.* 51 *pr. Dig. de œdilit. œd. XXI*, 1) il venditore è obbligato a rispondere dei vizj nascosti (*morbi*, *vitia*), che la cosa aveva anteriormente al momento del contratto, quand' anche li avesse ignorati, purchè questi vizj sieno tali da rendere la cosa impropria all' uso cui è destinata, o ne diminuiscano notevolmente il valore, e fossero ignorati dal compratore (*fr.* 1 §. 8, 6 *fr.* 4 §. 3, *e* 6, *fr.* 10 §. 2, *fr.* 12 §. 1, *fr.* 14 §. 10, *fr.* 17, § 1 *fr.* 33, 43 *pr.*, *fr.* 48 §. 3, *e* 4, *fr.* 54 *Dig. de œdil. œd. XXI*, 1). Il Venditore è poi obbligato a guarentire tutte le qualità, che egli ha dichiarato e promesso esistere nella cosa *dicta et promissa* (*fr.* 1 §. 1, *fr.* 17 §. 20, *fr.* 18, *fr* 19 *pr.* §.

1, *4 Dig. h. t. XXI, 1*), quando le sue dichiarazioni non consistano in quelli elogj vaghi e indeterminati, che è notorio ogni venditore essere solito fare delle cose che vuole spacciare, perchè per questi non incorrerebbe in nessuna responsabilità (*fr. 43 Dig de contr. emt. XVIII, 1 - fr. 19 pr. Dig. h. t. XXI, 1 - fr. 37 Dig. de dolo malo*). In origine l' Editto Edilizio si riferiva soltanto ai vizj e difetti corporali degli schiavi e del bestiame, ma poi fu esteso a qualunque maniera di difetti, ed a qualsivoglia specie di cosa (*fr. 1 §. 1, 9, 11, fr. 63 Dig. h. t. XXI, 1 - fr. 48 §. 6 e fr. 49 eod - cost. 4 Cod. de ædilit, act. IV, 58*). I Compratori solevano in antico garantirsi contro il pericolo, che la cosa avesse vizj o difetti nascosti, mediante una stipulazione, con la quale il venditore si obbligava, ove si verificassero, a pagare il duplo del prezzo di compra (*stipulatio duplæ*): ma in seguito l' Editto degli Edili introdusse a vantaggio del compratore due azioni speciali, per ottenere a sua scelta, (verificandosi qualcheduno dei vizj contemplati nell' Editto) od una diminuzione di prezzo (*actio æstimatoria o quanti minoris*) o la rescissione del Contratto (*actio redhibitoria*). L' *actio æstimatoria* o *quanti minoris*, deve essere intentata dentro un anno utile dal dì del Contratto, e può essere intentata più volte, se diversi difetti si manifestano successivamente nella cosa, che fu obietto del contratto stesso (*fr. 25 §. 1 Dig. de except. rei jud. XLIV, 2 - fr. 18, fr. 38 pr. fr. 48 §. 2 Dig. h. t. XXI, 1 - cost. 2 Cod. eod. IV, 58*). *L' actio redhibitoria*, che tende a far restituire le cose allo stato anteriore alla vendita (*fr. 23 Dig. h. t. XXI, 1*), procura al compratore la restituzione del prezzo della medesima, con gli interessi, più il rimborso delle spese ed il risarcimento dei danni, che la cosa avesse potuto cagionargli (*fr. 23, §. 8 e 9 fr. 27, fr. 29, fr. 30 §. 1, fr. 31 pr., fr. 45 §. 5, fr. 58 pr. Dig. h. t.* XXI, *1*). - È evidente che questa azione non può essere intentata più di una volta, essa deve esserlo dentro 6 mesi dal giorno della vendita, (*fr. 19 §. 6, fr. 38 pr. fr. 55 Dig. h. t. XXI, 1 - cost. 2 Cod. IV, 58*). (a)

(a) Prescindendo dalle più antiche leggi sui vizj redibitorj del bestiame (come quelle del 30 Novembre 1631 - 24 Luglio 1683 - 6 Novembre 1765 -

§. 341. Il Venditore, come quello che è obbligato a *fare avere* la cosa al compratore, è passibile di un azione in restauro di danni e interessi (*in id quod interest*) se per una causa anteriore alla vendita, la cosa è giuridicamente sottratta in tutto od in parte alla disponibilità del Compratore, perocchè per dirlo con le parole tecniche, il Venditore è obbligato a garantire il Compratore da qualunque Evizione - *Evincére*, dicono i Pratici, *est aliquid vicendo auferre*, ossìa togliere qualche cosa a taluno in forza di una sentenza; attalchè Evizione si verifica, quando la cosa viene tolta per decisione giudiciale, dalle mani di chi la possedeva, per una giusta causa di acquisto. E questo è senza dubbio il caso più grave di Evizione (*fr. 1 Dig. de evict. XXI, 2, fr. 15, 39 §. 2 - fr. 45, 53 pr. Dig. eod. - fr. 25 §. 1 Dig. de usurpat. XLI, 5*): ma esiste Evizione ancorquando il Compratore è obbligato a riconoscere o tollerare un *jus in re* sull' oggetto comprato come libero, ed in special modo un diritto di usufrutto o di ipoteca (*fr, 34 §. 2 Dig. de evict. IV, 2 - fr. 66 pr. Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - fr. 15 §. 1, fr. 46 pr., fr. 49, fr. 62 §. 2 Dig. de evict. XXI, 2*). Una servitù Prediale, come quella che non gli impedirebbe avere la cosa, *rem habere*, non gli darebbe ricorso contro il Venditore pel capo dell' Evizione, l' autorizzerebbe per altro a sperimentare contro di lui *l' actio quanti minoris, seu æstimatoria* pel deprezzamento, che la Servitù cagiona al fondo a carico del quale è stabilita.

§. 342. Affinchè sia lecito al Venditore ricorrere contro il Compratore, allegando la sofferta Evizione, è necessario:

a) che l' Evizione ripeta la sua origine da un vizio, *inerente al Diritto del Venditore, preesistente* alla vendita,

b) che al compratore sia stato impedito di avere la cosa (*rem*

7 Decembre 1781) è da consultare su questo argomento la patria Legge del 7 Aprile 1788, la quale abolì tutte le leggi e statuti antecedenti in proposito. Essa autorizza le parti, a convenire nei patti che credono più convenienti al reciproco interesse, in difetto dei quali rinvia al disposto del Diritto Romano. Il Patrio Regolamento di Procedura Civile, ha un titolo sull' azione Redibitoria, ed Estimatoria, ove si leggono gli estremi da provarsi dall' attore (art. 569). L'Avv. Gregorio Fierli scrisse ottimamente sulle azioni Edilizie in Toscana.

habere, per Sentenza Giudiciale. L' Evizione derivata da causa posteriore alla Compra e Vendita, è a carico del Compratore (*fr. 21 pr., fr. 64 pr., fr. 70 Dig. de evict. XXI, 2 - cost. 26 Cod. eod. VIII, 45*) - come lo è quella proveniente da violenza, o da comando del Principe, senza giudiciale procedura (*fr. 11 pr. Dig. de evict. XXI, 2 - cost. 17 Cod. de act. emti V, 49*). Il Compratore cui è minacciata l' Evizione, ha l' obbligo di informarne il Venditore, e di chiedere la sua assistenza nella lite che gli viene promossa, *auctorem laudare*, *litem denuntiare* (*fr. 63 §. 63 Dig. de evict. XXI, 2 - cost. 7 e 14 Cod. eod. VIII, 45 - fr. 55 §. 1 Dig. eod. - cost. 8*, 9, *23 Cod. eod. - fr. 29 §. 2, fr. 56, fr. 74 §. 2 Dig. eod.*): e se più sono i venditori suoi autori, deve denunziare la lite a tutti, affinchè possano somministrare gli occorrenti mezzi di difesa (*fr. 85 §. 5, fr. 139 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*). Questa denunzia deve essere tempestiva, cioè fatta in epoca che sia possibile tuttavìa accorrere utilmente alla difesa (*fr. 29 §. 2 Dig. h. t. XXI, 2*). È dispensato dal fare tale denunzia, se non può sapere il domicilio del venditore (*fr. 55 §. 1, fr. 56 §. 5, 6 Dig. eod. XXI, 2*), se per convenzione ottenne quella dispensa (*fr.* 63 *pr. Dig. eod.*), o se evidentemente incontrovertibile è il diritto dell' Evincente (*fr. 53 §. 1 Dig. eod. - cost.* 8 *Cod. eod. VIII, 45*). L' omissione della denunzia non è pregiudicevole al Compratore, se il suo autore si condusse in guisa da rendere impossibile il fargliela. Ricevuta appena la Denunzia, il Venditore deve *auctoritatem præstare*: in altri termini, deve intervenire in causa per assistere il compratore, oppure assumersi la lite sopra di se (*fr. 74 §. 2 Dig. de evict. XXI, 2 - cost. 1 Cod. ubi in rem. actio exerceri debeat III, 19 - cost. 23 Cod. de evict. VIII, 45 - fr. 49 Dig. de judiciis V, 1*). Il Venditore sebbene denunzi la lite, ha l' obbligo di opporre a chi lo minaccia dell' evizione, tutte le eccezioni che possono personalmente competergli, verbigrazia quella dell' usucapione già da lui compiuta (*fr. 29 §. 1, fr. 55 pr. fr, 56 pr. §. 3 fr. 63 §. 2 Dig. de evict. XXI, 2 - cost. 8 e 9 Cod. eod. VIII, 45*);

§. 343. Il Venditore sarebbe esonerato dall' obbligo di prestare l' Evizione al Compratore, se questa potesse attribuirsi alla annuenza od alla colpa di quest' ultimo (*fr. 53 §. 1 fr. 56 §. 1 Dig. h. t. - cost. 8 Cod. eod.*), alla sua mancanza di denunzia utile e tempestiva, alla sua negligenza nel difendere la cosa comprata, alla natura della cosa medesima (*fr. 12 Dig. de hered. vel act. vend. XVIII, 4 - fr. 11 fin. Dig. de act. emti. XIX, 1*), all' avvenimento di un fatto o d'una causa di evizione, eccettuati nel contratto di compra e vendita (*fr. 1 §. 18 Dig. de act. emti XIX, 1*), all' esercizio dei Diritti di un proprietario conosciuto già dalle parti che conclusero quel contratto, le quali scientemente, e senza il suo consenso contrattarono sulla cosa di lui (*cost. 27 Cod. h t.*)

§. 344. Ad evizione *minacciata*, il Compratore ha diritto di ottenere dal Venditore e dai suoi eredi, prima la difesa e la liberazione dalle molestie, purchè quella minaccia si appoggi su titoli, che non sieno evidentemente futili, dalle mere vessazioni dovendosi da se solo difendere (*cost. 51 pr. cost. 8 Cod. h. t. - fr. 11 pr. Dig. eod.*). Ad evizione *consumata* ha diritto di esigere, con l' *actio emti*, restauro dei danni sofferti (*fr. 45 Dig. de act. emti XIX, 1 - fr. 8 Dig. de evict. XXI, 2 - fr. 60, fr. 70 Dig. eod. - cost. 9, 25 Cod. eod.*), con questa distinzione; che se il Venditore fu in dolo, perchè vendè scientemente la cosa altrui, deve indennizzare pienamente il Compratore (*omne id quod emptoris interest*), e si ammette contro di lui perfino il giuramento *in litem*; ma se dolo non gli può essere rimproverato, deve risarcire il Compratore soltanto del Danno realmente sofferto, che deve essere calcolato dietro stima del valore che aveva la cosa nel momento dell' evizione (*fr. 64, fr. 66 §. 3 fr. 70 Dig. de evict. XXI, 2 - fr. 45 pr. Dig. de act. emti XIX, 1*). Allorquando (come si soleva in antico) era stata aggiunta, al Contratto di Compra e Vendita la stipulazione di una penale, che ordinariamente ammontava al doppio del prezzo di vendita (*stipulatio duplæ*), il compratore ne esigeva l' ammontare mediante l' actio *ex stipulatu* (*fr. 56 pr. Dig. XXI, 2*). Ma non ci prolungheremo maggiormente su tal proposito, per non oltrepassare i limiti di un Trattato elementare, rinviando

pel di più ai titoli del Digesto e del Codice, relativi a questo argomento (*Dig. XXI, 2 - Cod. VIII, 45*).

§. 345. È essenziale lo avvertire, che queste regole sulla prestazione dell' Evizione, nelle nostre Fonti occorrono applicate non soltanto alla Compra e Vendita, sibbene a tutti i Contratti a titolo oneroso, come alla Locazione e Conduzione, al Contratto di Pegno, alla Permuta, alla Divisione di una cosa o eredità comune, al Pagamento, alla Transazione, alla Costituzione di Dote, ma non ai Contratti a titolo gratuito, come p. e. alla Donazione.

§. 346. (3) *Obblighi del Compratore*

a) Il Compratore deve pagare il prezzo nel momento della Tradizione della cosa, e trasferire nel Venditore la proprietà delle specie metalliche, che dà come prezzo (*fr. 11 §. 2 Dig. de act. emti XIX, 1*), ammeno di una Convenzione in contrario; e se è in mora, deve pagare anche gli interessi. È in mora, quando è spirato il termine assegnato al pagamento del prezzo, o quando è stato intimato a pagare dal venditore, che gli vendè a credenza; e se la vendita non fu fatta a credenza, è in mora subito dopo la tradizione (*fr. 13 §. 20 Dig. de act. emti XIX, 1 - cost. 2 Cod. de usuris IV, 32 - cost. 5 Cod de pactis inter emt. IV, 54 - fr. 88 Dig. de reg. juris L, 17 - fr. 18 pr Dig. de usuris XXII, 1*). Per altro non è obbligato a pagare il prezzo prima della consegna della cosa, e può respingere il Compratore che glielo richieda, con la eccezione del non adempito contratto (Vedi sopra §. 278 lett. a) pag. 62).

b) Il Compratore deve indennizzare il venditore delle spese, che questi può aver fatto dal dì del concluso contratto, per conservare e mantenere la cosa, che ne è objetto (*fr. 13 §. 22 Dig, de act. emti XIX. 1 - cost. 16 Cod. eod. IV, 49*).

c) Il Compratore è responsabile di qualunque colpa nell'esecuzione delle sue obbligazioni, perchè risente vantaggio dal contratto.

§. 347. La Proprietà della cosa venduta, supposto che risiedesse nel Venditore, non passa nel Compratore, che sotto due condizioni:

1. La *Tradizione*. Senza la Tradizione il Contratto di Com-

pra e Vendita può esistere e dar vita a delle obbligazioni, ma non cagiona traslazione di proprietà.

2°) Il *Pagamento del prezzo* fissato, ammenochè il venditore non abbia venduto sotto *fede di prezzo*, o come si dice volgarmente *a credenza*, *a fido*, o abbia accettato delle garanzie (*Istit.* §. *41 de rer. divis II, 1 - fr. 19* §. *3 Dig. de contr. emt.* *XVIII, 1 - fr. 5* §. *18 Dig. de tribut. act. XIV, 4*). Se il Venditore non aveva la proprietà della cosa venduta, naturalmente non può trasmetterla nel Compratore, ma ove quest' ultimo abbia comprato in buona fede, acquista tutti i Diritti che sulla cosa potevano spettare al Venditore, e di più godrà dei vantaggi inerenti ad un possesso di buona fede.

§. 348. Il Contratto di Compra e Vendita si scioglie:

1.° Per concorde volontà delle parti, ove non abbia avuto esecuzione (*Istit.* §. *4 quib. mod. oblig. toll. III, 29 - fr. 6* §. *2 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - fr. 3, fr. 5* §. *1 Dig. de rescind. vendit.* XVIII, *5 - fr. 35 Dig. de reg. juris L, 17*), altrimenti occorrerebbe fare una retrovendita.

2.° Con l' esercizio del Diritto, assicuratosi per convenzione di sciogliere cotal contratto (*fr. 3 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - cost. 4 Cod. de ædilit. act. IV, 58.*).

3.° Per la lesione *enorme*, che l' uno dei contraenti venga a soffrire (*læsio enormis*, *læsio ultra dimidium*). Esiste Lesione enorme, quando uno dei contraenti ha ricevuto per equivalente di ciò che ha dato, un oggetto che non arriva neppure alla metà del valore di quello dato. Due Costituzioni di Diocleziano e Massimiano, autorizzarono la parte che ebbe a soffrire cotal lesione ad ottenerne la rescissione (*cost. 2 e 8 Cod. de rescind. vendit. IV, 44*). Alcuni odierni Scrittori di Diritto Romano, stando attaccati alla lettera di quelle due Costituzioni ritengono, che invocarne il disposto possa il Venditore, non già il Compratore. Ma può osservarsi in contrario, che in quelle Costituzioni gli Imperatori riconoscono il Diritto nel Compratore di rescindere la Compra e Vendita a cagione di Lesione enorme, perchè nei due casi sottoposti all' Imperiale Risoluzione, si trattava appunto di Lesione patita dai Venditori. E questa, non vuolsi negarlo, occorre più di frequente a cagione del bisogno in cui

si trovano di vendere a qualunque prezzo pure di realizzare del contante; ma non è rarissimo il caso che la imperizia, la semplicità, la prodigalità del Compratore lo sottopongano a vedersi leso; e d' altronde lungi dal rinvenirsi nelle Costituzioni in discorso parole, che escludano nel Compratore leso, il Diritto di invocare la rescissione del Contratto, si riconosce che il principio di quella rescissione per causa di Lesione fu sanzionato per un motivo di equità, il quale milita tanto pel Venditore quanto pel Compratore. I Pratici tutti così ritennero, e spingendosi anche più oltre, estesero la teorica della Lesione enorme, dal Contratto di Compra e Vendita, cui nel Testo è limitata, a tutti i Contratti a titolo oneroso. La Lesione enorme non rescinde *ipso jure* il Contratto, è necessario che il leso chieda quella rescissione. E la parte contro cui si addimanda, ha la scelta o di riparare la lesione, o di subire la rescissione del contratto (*cost.* 2 *e* 8 *cit. IV* 44). Non lice rinunziare preventivamente al Diritto di far rescindere il Contratto come lesivo, se non dichiarando di volere fare una donazione del di più. Cessa questo Diritto allorquando si tratti di Compra e Vendita fatta alla subasta, o dell'*Emptio spei* (*fr. 8 § 1 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1*), o se la cosa legata al venditore, fu venduta pel prezzo imposto dal Testatore (*fr. 49 §. cost. Dig. de Legat. I,*).

b) Locazione e Conduzione
(Locatio Conductio)

Istit. Lib. III. Tit. 24 de Locatione et Conductione. - Dig. Lib. XIX. Tit. 2. Locati Conducti - Cod. Lib. IV. Tit. 65 de Locato et Conducto.

§. 349. Il Contratto di Locazione e Conduzione è: un *Contratto Consensuale, col quale dall'una parte si promette l' uso ed il godimento di una cosa durante un tempo determinato, ovvero la prestazione di un servigio o di un' opera, in correspettività di un prezzo, che l' altra parte si obbliga a pagare.* Chi promette l' uso ed il godimento di una cosa, dicesi Locatore, (*Locator*), chi se lo fa promettere, Conduttore *Conductor;* se si tratta di beni rustici il Conduttore si chiama Colono, *Colo-*

nus; se di beni urbani, Inquilino, *Inquilinus;* se di rendite dello Stato, Pubblicano, *Publicanus, (fr. 24, §. 1, 2. fr. 25, §. 1. Dig h. t. XIX. 2 - fr. 1, §. 1, Dig. de public. et vectig. XXXIX, 4)* - La Locazione e Conduzione è un Contratto, che ha moltissima somiglianza con la Compra e Vendita, tanto che si potrebbe considerare come una Compra e Vendita dell' uso e del godimento di una cosa, ovvero della prestazione di un servigio, o di un' opera. Come la Compra e Vendita, la Locazione e Conduzione è un Contratto Consensuale, il quale, per conseguenza, è perfetto per la semplice riunione dei consensi; alla pari della Compra e Vendita è un Contratto sinallagmatico dal quale dunque, discendono direttamente obbligazioni per ambedue le parti contraenti; e la *Cosa*, il *Prezzo*, il *Consenso*, che sono i requisiti della Compra e Vendita, lo sono pure della Locazione e Conduzione. Ambedue questi Contratti derivarono dal Diritto delle Genti, furono accolti dal Diritto Civile, e si regolano coi principj dell' equità (*ex æquo et bono*) (*Gajo III, 142 - Istit. pr. h. t. III, 24 - fr. 2. pr. Dig. h. t. XIX, 2*).

§. 350. *a)* La *Cosa*, objetto del Contratto di Locazione e Conduzione, può essere una *cosa corporale, o incorporale*, di cui una parte si obbliga a fare avere l' uso ed il godimento all' altra (*præstare uti frui licere*); oppure può essere un *fatto*, un *servizio*, un *opera* che una parte si obbliga a prestare all' altra, sempre in correspettività di un prezzo. Di quì la distinzione fra Locazione e Conduzione di Cose, e Locazione e Conduzione di Opere. -

b) Il Prezzo (*pretium*), ossia quel valore che una parte si obbliga a dare all'altra, in correspettività dell' uso o del godimento di una cosa, ovvero della prestazione di un servigio, assume nomi diversi. Dicesi di preferenza *reditus*, *pensio*, ossia pigione, fitto, se si tratta di locazione e conduzione di cose: *merces*, *manupretium*, mercede, salario, se di locazione e conduzione di opere. Il prezzo deve essere *vero*, ossia serio (*fr. 46, Dig. h. t. XIX. 2 - fr. 10. §. 2. Dig. de aq. poss. XLI, 2*), deve esser *certo*, vale a dire stabilito in una determinata somma di danaro (*Gajo III, 143 - Istit. §. 1. h. t. III. 24 - fr. 25. pr. Dig. h. t. XIX. 2*). Quello che dicemmo intorno alla *verità* e *certezza* del prezzo, in

materia di Compra e Vendita, è da ripetere a proposito del Prezzo nella Locazione e Conduzione (*Istit.* §. *1. h. t. III. 24. - Gajo III. 143 - fr. 25. Dig. h. t.* XIX. 2). Se il Prezzo non fosse stato fissato in una determinata somma di danaro, ma invece in una o più cose, od opere, non esisterebbe Locazione e Conduzione, sibbene potrebbe esistere un Contratto innominato. Tuttavolta per eccezione, trattandosi della Locazione e Conduzione di beni rustici, il prezzo può consistere in una quantità di frutti prodotti dai medesimi, quantità stabilita o in modo invariabile (*cost. 8, 21 Cod. h. t.* IV. *65)*, od in una quota parte della raccolta. In quest' ultimo caso il Conduttore chiamasi *Colonus partiarius* (*fr. 25.* §. 6. *Dig. h. t. XIX. 2*). Ma in verità la Colonìa parziaria, meglio che un Contratto di Locazione e Conduzione, è un Contratto di Società, che nell' interesse dell'agricoltura il Diritto Romano considerò come Locazione e Conduzione. Per cotal guisa fu sottratto ai troppo frequenti casi di dissoluzione, cui sarebbe andato sottoposto, massime per la morte di uno dei Contraenti, se qual contratto di Società fosse stato considerato, (*cit. fr. 25.* §. *6. Dig. h. t. XIX.* 2*)*.

c) Il *Consenso* sulla cosa e sul Prezzo, perfeziona questo Contratto, senza bisogno di altro (*Istit. pr de Oblig. quæ consensu contrah. III, 22 - pr. h. t.* X*II, 24 cost. 24. Cod. h. t. IV, 65*). Qualora le parti non fossero concordi sulla quantità del prezzo, è da esaminare la maniera del disaccordo. - Se il Locatore avesse inteso esigere più, di quanto il Conduttore avesse inteso pagare, Contratto non esisterebbe; ma se per lo contrario il Conduttore avesse inteso di obbligarsi a pagare più di quanto il Locatore avesse inteso esigere, Contratto esisterebbe: avvegnachè in quel più sia compreso il meno, e non sia concepibile un ragionevole dissenso del Locatore a ricevere quel più (*fr.* **52** *Dig h. t, XIX, 2*).

§. 351. Dal Contratto di Locazione e Conduzione, come da ogni Contratto bilaterale o sinallagmatico, nascono due obbligazioni, e per conseguenza due azioni: *l' actio locati*, che spetta al Locatore, *l' actio conducti*, che spetta al Conduttore. Inoltre il Conduttore si serve dell' interdetto *de migrando*, quando il Locatore della abitazione locatagli, gli trattiene senza ragione i

suoi mobili, che ha portato nella medesima, *invecta et illata* (*Dig. de migrando XLIII, 32*).

1) Locazione e Conduzione di Cose

§. 352. Obietto di questa maniera di Locazione e Conduzione, possono essere in generale tutte le cose, che sono in Commercio, sieno esse Corporali o Incorporali, Mobili o Immobili, proprie del Locatore od altrui. - Nulladimeno fra le Cose Corporali, objetto del Contratto in discorso, possono essere soltanto quelle cose, che con l'uso ed il godimento pel quale sono locate, non si consumano. E valga il vero, il Conduttore non acquista il dominio delle cose locate, attalchè gli sia lecito consumarle: egli acquista il diritto di usarne e di goderne per un tempo determinato, scorso il quale deve restituirle in *specie*. - Cose Incorporali, che possono essere objetto di Locazione e Conduzione sono i diritti, verbigrazia di Caccia, di Pesca, di Usufrutto, di Enfiteusi ec. ma non di Servitù Prediali, almeno disgiuntamente dal fondo a cui favore sono costituite. Lice locare, oltre le cose proprie, ancora le altrui, ove se ne abbia l' uso ed il godimento, e non sia vietato cederlo. Efficace è la Locazione di una cosa altrui, quand' anche di quella il Locatore non abbia il diritto di usare e di godere, o non possa cederlo; perocchè il Locatore obbligandosi soltanto a *præstare uti frui licere*, è questa una obbligazione di cui in astratto è sempre possibile l' esecuzione, eziandìo per riguardo ad una cosa, sulla quale il Locatore nel tempo del contratto non abbia alcun Diritto. Ove egli non riuscisse a mantenere la promessa, oppure il Conduttore soffrisse evizione, con l' *actio conducti* sarebbe astretto ad indennizzarlo (*fr. 18 Dig. de contrah. emt. XVIII, 1 - fr. 33 Dig. h. t. XIX, 2*). Sebbene in generale sia nulla la Conduzione della Cosa *propria* (*fr. 15 Dig. Depositi XVI. 13, - fr. 45 Dig. de reg. juris L, 17*), per eccezione il proprietario validamente la conduce allorquando gli manchi il Diritto di usarne, di fruirne, o di possederla: perchè verbigrazia altri abbia su quella l' usufrutto, un pegno; e quell' usufruttuario, quel creditore pignoratizio consentano a locargliela (*fr. 29 Dig. quib. mod. ususfr. amitt. VII, 4 - fr. 37 Dig. de pignorat. act. XII, 7 - fr. 35. §. 1 Dig. h. t. XIX, 2 -*

cost. 20 Cod. eod. IV, 65). È permesso al Conduttore subaffittare (*sublocare*) la cosa da lui condotta, quando per espressa Convenzione non abbia rinunziato a questo diritto (*fr. 60 pr. Dig. h. t. XIX, 2 - cost. 6. Cod. eod. IV, 65*), e quando il proprietario non vi si opponga per un motivo plausibile (*fr. 7, fr. 8, fr. 30 Dig. h. t. XIX, 2 - cit. cost. 6, Cod. eod. IV. 65*), che esisterebbe p. e: se la sullocazione della cosa fosse fatta per un uso diverso da quello pel quale fu dal proprietario locata. Nonostante che il Subconduttore non abbia contrattato col Proprietario della cosa, siccome la legge accorda al Proprietario una ipoteca tacita, su tutto quello che il subconduttore introduce o porta nel fondo urbano sullocatogli, così per altra parte autorizza il Subconduttore medesimo, a pagare direttamente la pigione al proprietario; e questi non può ricusarla (*fr. 7, fr. 8, fr. 24 §. 1. fr. 53 Dig. h. t, XIX, 2 - fr. 11 §. 5. Dig. de pignor. act. XIII, 7*).

§. 353. La Locazione e Conduzione fa sorgere obblighi, tanto nel Locatore, quanto nel Conduttore. E degli uni e degli altri, cade in acconcio il trattare separatamente.

§. 354. a) *Obblighi del Locatore*. Il Locatore è obbligato a fare in guisa, che il Conduttore possa usare e godere della cosa; conseguentemente deve:

1) Consegnare al Conduttore la cosa locatagli, affinchè ne faccia durante il tempo fissato, l'uso convenuto. Siffatta consegna non trasferisce nel Conduttore altro che la mera detenzione della cosa (*fr. 25 §. 1 Dig. de acq. poss. XLI, 2 - fr. 6 §. 2 Dig. de precario XLIII. 26*). La cosa ha da essere consegnata con tutti gli accessorj e le pertinenze, che si riferiscono essenzialmente all' uso ed al godimento (*fr. 19 §. 2 fr. 60 Dig. h. t. XIX, 2*).

2) Il Locatore deve consegnare la cosa in stato tale, che possa servire all' uso ed al godimento promesso, ed in tale stato deve mantenerla durante tutto il tempo del contratto. Quindi è, che deve fare alla medesima tutti quei restauri ed acconcimi, che sono indispensabili per servirsene, e che chiamano *grosse riparazioni*; tali sono verbigrazia, quelle relative ai tetti, alle mura, alle fondamenta, alle finestre di un edifizio. (*fr. 15 §. 1, fr. 25 §, 2 fr. 58 §. 1 Dig. h. t. XIX, 2 - fr.*

fr, *13 §. 6 Dig. de damno infecto XXXIX*, *2*). Innanzi di consegnare la cosa, deve fare ancora quelle riparazioni di minore rilievo, che dicono *minute*, e le quali poi durante la locazione e conduzione, fanno carico al conduttore.

3.° Il Locatore è responsabile dei vizj e dei difetti, che impedissero l'uso ed il godimento della cosa locata (*fr. 6 §. 4 Dig, de act. emti XIX, 1 - fr. 19 §. 1 Dig. h. t. XIX, 2)*; ma questa responsabilità sua non è sempre nella stessa misura. Se conosceva o poteva conoscere quei vizj o difetti, come esempigrazia se consistessero in porosità o fessure nelle botti locate, deve prestare il pienissimo *quid interest* al Conduttore (*fr. 19 §. 1, fr. 33 e 34 Dig. h. t. XIX, 2 - cost. 28 Cod. eod. IV, 65*): ma se li ignorava senza sua colpa, come se avesse ignorato, che sui prati affittati per uso di pascolo, fossero nate erbe venefiche, può essere condannato secondo le circostanze a subire una riduzione nella quantità del canone, e perfino una remissione totale del medesimo (*cit. fr. 16 §. 1, fr. 30, fr. 33 pr. Dig h. t. XIX, 2*). Abbenchè il Locatore, come già abbiamo detto poco sopra, sia responsabile dell' Evizione sofferta dal Conduttore (*fr. 7, 8, 9, pr. fr. 15 §. 8 Dig. h. t. XXI, 2*), pur tuttavolta provata la propria buona fede, ed offerta al conduttore altra cosa che possa servirgli in ugual modo di quella evitta, può costringerlo ad accettarla, ed a rispettare il Contratto (*fr 9 pr. fr. 28 §. 2 fr. 60 Dig. h. t. XIX. 2*).

4.° Il Locatore deve rimborsare il Conduttore di tutte le spese *necessarie*, che questo ha fatto sulla cosa; non già di quelle *utili* o *voluttuose* fatte senza sua commissione; il Locatore per queste ha l'*jus tollendi* (*fr. un. §. 5 Dig. de via publica XLIII. 10 - fr. 19 §. 4, fr. 55 §. 1, fr. 61 pr. Dig. h. t. XIX, 1*)

5.° Il Locatore deve pagare tutte le imposizioni *prediali*, sì ordinarie che straordinarie (*fr un. Dig. de via publ. XLIII, 10 - fr. 39 Dig. de usufr. VII, 1*).

6° Il Locatore nell' esecuzione delle sue obbligazioni, è responsabile eziandio della Colpa leve (*Istit. §. 5 h. t. III. 24 - fr. 28 Dig. h. t. XIX, 2 - fr. 5 § 2 Dig. Commodati XIII, 6*), ma non del caso fortuito. Laonde se la cosa locata perisce, o di-

viene inetta all' uso ed al godimento per cui fu affittata, e questo in conseguenza di un evento imprevedibile, od inevitabile, il Locatore non è obbligato a somministrarne un altra, nè ad indennizzare il Conduttore. Peraltro il Conduttore, che non può godere ed usare di quella cosa, per l' accennato motivo distrutta o resa inservibile, non è tenuto a pagare la pigione, se non che in proporzione dell' uso e del godimento, che ha potuto fare della cosa locatagli; e se quest' uso e questo godimento non furono affatto possibili, non è obbligato a pagare somma alcuna (*fr. 9 §. 1 e 4, fr. 15 §. 2, 3, 7, fr. 19 §. 6, fr. 25 §. 2 fr. 27 pr. fr. 28 §. 2 fr. 30 pr. fr. 33 in f. fr. 60 pr. Dig. h. t. XIX, 2*). Parrebbe a prima giunta, che il Conduttore dovesse pagare la pigione, ancor quando non potesse godere della cosa locatagli e che fu distrutta per caso fortuito, perocchè sembri coerente ai principj generali, che l'inesecuzione dell'obbligazione del Locatore, cioè di *præstare uti frui licere*, non essendogli imputabile, non autorizzi il Conduttore a non eseguire la sua (di pagare cioè la pigione). Ma è giuoco forza, persuadersi del contrario, quando si rifletta che nel Contratto di Locazione e Conduzione, il Conduttore non si fa promettere un *oggetto già esistente*, sibbene *futuro*; infatti egli si fa promettere l'uso ed il godimento di una cosa, e quest' uso e godimento sono *un che di futuro*: laonde la pigione non è dovuta dal Conduttore fino da principio del Contratto, ma soltanto *quando ed a misura che* l' objetto futuro diviene *presente*, acquista *entità*: in altri termini, quando ed a misura che il Locatore procura al Conduttore l' uso ed il godimento promessi.

§. 355. *b) Obblighi del Conduttore.* Il Conduttore, di fronte al Diritto, che ha di usare e godere della cosa, e di aquistarne i frutti mediante la percezione, ha gli Obblighi seguenti:

1.° Di pagare esattamente la pigione unitamente agli interessi, nel caso di mora (*fr. 54 Dig. h. t. XIX, 2 - fr. 17 §. 4 Dig. de usuris XXII, 1 - cost. 2 e 17 Cod. h. t. IV, 65*). Tal pagamento, ripetiamolo, è dovuto a condizione ed in proporzione del godimento; se dunque il Conduttore per caso fortuito fu privato dell' uso e del godimento della cosa, sia assolutamente, sia parzialmente, la pigione subisce remissione o riduzione.

Egli è per questo, che il Colono può ottenere una riduzione del fitto, se la raccolta dei frutti fu in conseguenza di caso fortuito, notabilmente minore di quanto doveva aspettarsi che fosse, riduzione che è proporzionata alla perdita sofferta dal Colono (*fr. 15 §. 2, 7 Dig. h. t. XIX, 2*). Siffatta riduzione di Canone, può esigersi solamente quando il danno risentito dal Conduttore sia *considerevole* (*fr. 25 §. 6 Dig. h. t. XIX, 2*), e dipenda da un caso *straordinario, imprevedibile* ed *inevitabile* (*fr. 15 §. 2 Dig. h. t. XIX, 2*), *il quale colpisca i frutti prima della percezione* (*fr. 78 Dig. de reivind. XI, 1 - cost. 1 Cod. h. t. IV, 65*). Se il danno fu leggiero o modico, deve essere sofferto dal Conduttore: *modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur* (a). Qualora la Locazione e Conduzione fosse stata conclusa per più anni consecutivi, il difetto nella raccolta di un anno, si compensa con l' eccesso della raccolta di un altro, talchè è allo spirare dell' affitto, che è dato decidere se havvi o no luogo a riduzione (*fr. 15 §. 4 Dig. h. t. XIX, 2 - cost. 8 Cod. eod. IV, 65*). Ove il danno fosse derivato, non da un caso *straordinario impreveduto ed inevitabile*, ma da un evento comune, solito ad avvenire, (per esempio una inondazione in un terreno limitrofo ad un torrente, solito a straripare) vuolsi ritenere come preveduto dalle parti, e calcolato nello stabilire la quantità della pigione. Percetti i frutti dal Conduttore, questi sono a suo rischio, perchè la obbligazione del Locatore è compiuta, la pigione è dovuta irrevocabilmente dal Conduttore; appunto perciò abbiamo detto, che la riduzione del fitto può conseguirsi, soltanto quando il danno relativo ai medesimi siasi verificato prima della loro percezione.

2.º Il Conduttore deve servirsi della cosa locatagli convenientemente, e per l' uso determinato, altrimenti egli è responsabile perfino del danno derivato alla medesima da caso fortuito

(a) I Canonisti hanno qui applicato le regole della Lesione, e per ottenere riduzione del fitto insegnano, che la perdita dei frutti deve almeno giungere alla metà (*Decret. Gregor. Lib. 3 Tit. 18 c. 3 propter sterilitatem*). Il Codice Civile Francese (art. 1769, 1770) ha adottato la stessa regola, e la Pratica nostra, pure.

(*fr. 11 §. 1, §. 5, fr. 12 §. 3, fr. 25 §. 3, fr. 3, fr. 29 Dig. h. t. XIX, 2*).

3.° Non lice al Conduttore abbandonare la cosa, prima del tempo stabilito per la durata del Contratto (*fr. 55 §. 2 Dig. h. t. XIX, 2*) , ammenochè per qualche singolare emergenza non gli fosse più dato servirsene e goderne tranquillamente; ma anche in tali emergenze, deve preventivamente farne avvisato il Locatore (*fr. 13 §. 7 Dig. h. t. XIX, 2*).

4.° Spirato il termine del Contratto, deve restituire senza indugio la cosa al Locatore nello stato in cui si trova , dopo l' uso ed il godimento fattone in conformità del contratto, e senza guasti o deterioramenti imputabili a lui Conduttore. Se si rifiuta a restituirla , è per Diritto Romano passibile delle pene, che la legge commina a chi si impadronisce violentemente di una cosa, che non gli appartiene, (*cost. 34 Cod. h. t. IV, 65 - cost. 10 Cod. unde vi VIII, 4*). Non è permesso al Conduttore ritenerla, allegando qualsiasi diritto sulla medesima: prima deve restituirla, poi far valere i diritti che possono competergli (*cost. 25 Cod. h. t. IV, 55*).

5.° Il Conduttore, nell' esecuzione delle sue obbligazioni, è responsabile di qualunque colpa, anche leggera (*Istit. §. 5 h. t. IV, 24 - fr. 5 §. 5 Dig. Commodati XIII, 6 - fr. 9 §. 4 Dig. h. t. XIX, 2 - fr. 23 Dig. de reg. juris L, 17 - cost. 28 Cod. h. t. IV, 65*). È responsabile del danno derivato alla cosa da caso fortuito, se assunse per esplicita convenzione quella responsabilità , o se quel caso fortuito andò congiunto col dolo o con la colpa sua, *casus dolo vel culpa determinatus*, o finalmente se nel momento in cui quel danno casuale si verificò , usava della cosa contro la legge del contratto.

§. 356. Meritano esame le *cause per le quali si scioglie la* Locazione e Conduzione di cose. Possono ridursi alle seguenti:

1.° Lo spirare del termine apposto alla durata del contratto; qualora termine, non fosse stato apposto, lice ad ognuno dei contenenti rinunziarvi quando vuole (*fr. 54 §. 1 fr. 65 Dig. h. t. XIX, 3 - Nov. 120 cap. 8*). Spirato il termine, possono le parti rinnuovare il Contratto, sì espressamente che tacitamente; ciò si dice ricondurre, *reconducere*. La *tacita ricon-*

duzione, che si verifica allorquando il Conduttore, spirato il termine seguita ad usare e godere della cosa senza opposizioue del Locatore, si presume conclusa con le condizioni stesse della primitiva Conduzione (*fr. 13 §. 11, fr. 14 Dig. h. t. XIX, 2 - cost. 16 Cod. eod. IV, 65*). La durata della Riconduzione tacita, è di un anno per i fondi rustici, perchè in questo giro di tempo è possibile al Conduttore raccogliere tutti i frutti del fondo: per i fondi urbani quella durata dipende dall' arbitrio delle parti, avvegnachè sia protratta fino alla disdetta dell' una di esse all' altra. (*fr. 13 §. 11 Dig. h. t. XIX, 2*); eccettuato il caso, che le parti stesse avessero precedentemente fissato un termine in previsione della possibile Riconduzione: *nisi in scriptis certum tempus conductionis comprehensum est*. Del rimanente su tutta questa materia bisogna stare alle consuetudini locali, che hanno forza di legge (*cost. 19 Cod. locati IV, 65*). Tacita riconduzione non può ammettersi che di fronte ad un Conduttore sano di mente, e presente (*fr. 14 Dig. h. t. XIX, 2*). Essa è un nuovo contratto, non già una continuazione dell' antico (*fr. 13 §. 11 Dig. eod.*).

2.° Pel non pagamento della pigione, durante due anni (*fr. 54 § 1, fr. 56 Dig. locati XIX, 2 - Nov. 120 cap. 8*); e durante un anno nelle locazioni del fisco, se il conduttore è insolvente (*cost. 2 Cod. de fund. rei priv. XI, 65*).

3.° Per abuso o malversazione della cosa locata. Il conduttore che trascurasse la cultura del fondo, o che si servisse dell' abitazione in maniera turpe, pericolosa per la medesima (*cost. 3, Cod. h. t. IV, 65 - Nov. 120 cap. 8 - argom. fr. 7 Dig. de usu et habit. VII, 8*) può essere espulso.

4.° Per bisogno che il Locatore dimostrasse di avere dell' abitazione locata, bisogno urgente, sopravvenutogli in modo imprevedibile (*cost. 3 Cod. h. t. IV, 65*).

5.° Per necessità di restauri alla cosa locata, incompatibili con l' uso e col godimento della medesima (*fr. 25 Dig. h. t. XIX 2 cit. cost. Cod. h. t. IV, 65*).

6.° Per la sopravvenuta inettitudine della cosa agli usi pei quali fu condotta: a mo' di esempio, se ad un quartiere preso per studio da un pittore, fosse oscurata la luce da costruzioni

inalzate da un vicino (*fr.* 25 §. 2 *Dig. h. t. XIX, 2*): o pel pericolo che essa facesse correre al conduttore, verbigrazia di imminente rovina, o di incursioni nemiche (*fr.* 25 §. 2 *Dig. h. t. XIX, 2 - fr.* 28, *e* 33 *Dig. de damno infecto* XXXIX, 3 *fr. 49 Dig. eodem*). -

7.° Per la Vendita, per la Donazione, o pel Legato che il proprietario facesse della cosa locata, non che per la sottoposizione della medesima alla Servitù personale dell'Usufrutto (*cost. 9 Cod. h. t. IV, 65 - fr.* 25 §. *1 Dig. ead. XIX, 2 - fr.* 120 *Dig. de leg. I.°* (*30*) *fr. 32 Dig. h. t. XIX, 2 - fr. 59* §. *1 Dig. de usufr. VII, 1*); avvegnachè il Diritto del Conduttore resultante dal contratto di Locazione e Conduzione, non sia un *jus in re*, che seguiti la cosa in qualunque mano essa venga a passare: è invece un diritto emergente da un rapporto obbligatorio, che colpisce la persona e non la cosa, e che deve cedere a dei Diritti patrimoniali reali. Senonchè, in tali casi il conduttore rimane anch' esso sciolto dal contratto, perchè non l'ha concluso col Compratore. col Donatario, col Legatario, con l'Usufruttuario; e di più ha il diritto di essere indennizzato dal Locatore, che l'ha posto nel caso di essere espulso (*fr.* 2 *e fr.* 32 *Dig. h. t. XIX*, 2 - *fr.* 120 §. 2 *Dig. de Legat. 1° 30*). Una ipoteca, che il Conduttore si facesse costituire dal Locatore, in garanzia del patto di non essere espulso, o del patto de *non alienando*, non darebbe al Conduttore altro vantaggio, che di potere in via ipotecaria conseguire la dovutagli indennità.

8.° Per la cessazione del Diritto del Locatore; è qui applicabile il principio, *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.* Esempigrazia, alla morte dell' usufruttuario, cessa la Locazione e Conduzione, che egli ha concluso sulla cosa usufruita (*fr. 9* §. *1 Dig. h. t.* XIX. 2, - *fr. 59* §. *1 Dig. de usufructu VII, 1*): perocchè il Conduttore sapeva a che si esponesse contraendo un affitto con un usufruttuario, il cui diritto si estingue con la sua morte. Gli Eredi, sì del conduttore che del locatore, sono tenuti a rispettare le obbligazioni dei respettivi loro autori, avvegnachè ne rappresentino la persona, e succedendo nell' universo gius dei medesimi, come godono dei loro diritti

soggiacciono a tutti i loro doveri giuridici (*Istit.* §. *6 h. t. III*, *24* - *fr. 19* §. *8 Dig. h. t.* XIX, 2 - *cost. 10 Cod. eod. IV*, *65*).

2.°) *Locazione e Conduzione di opere.*

§. 357. La Locazione e Conduzione di opere esiste in due maniere, cioè:

a) Vengono locate le opere in qualità di domestico, o di operajo a giornata.

b) viene impresa da qualcheduno a cottimo, per un prezzo determinato, l'esecuzione di un dato lavoro, obbligandosi a condurlo a termine. Nel primo caso esiste *Locatio Conductio operarum*, nel secondo *Locatio Conductio seu Redemptio*, *operis*. Nel primo caso *locatore* è chi promette l' opera, *conduttore* chi promette la mercede. Nel secondo caso, le parti rivestono ciascheduna alla sua volta il carattere di Locatore e di Conduttore. Ed in vero, chi promette l' opera sua, è relativamente alla medesima locatore, mentre relativamente al lavoro impreso a fare, è conduttore; e viceversa, chi promette la mercede, relativamente al lavoro è locatore, e relativamente all' opera promessa, è conduttore (*fr. 13* §. *1*, *fr.* 22 §. 2, *fr.* 25 §. *7, fr. 36 Dig. h. t.* XIX, 2). Il fatto, obietto della locazione e conduzione di opere, deve essere *lecito*, *stimabile*, *a contanti*, e per sua indole *mercenario*. Per cotal guisa sono esclusi:

1.° quei fatti, che non costituiscono una industria speciale, p. e. le manomissioni dei servi:

2.° quei fatti, che per la loro dependenza da una professione liberale, sono retribuiti con *onorario*, non già con salario o mercede; tali sarebbero i servigj, che nell' esercizio della respettiva loro professione, prestano i causidici, i medici etc. (*fr. 1* §. *6, 7, 11 Dig. de extraord. cognit. L, 13*). La retribuzione di questi servigj non si può esigere con l' *actio locati*, sibbene con una *extraordinaria condictio*. Per la validità della Locazione e Conduzione di opere, addimandasi che l' obbligo assunto di prestare un servigio, non sia perpetuo: *non debet libertas auferri* (*fr. 71* §. *1 Dig. de condit. et demonstrat.* XXXV, 1).

§. 358. Voglionsi ora esaminare separatamente, gli effetti della *Locatio et Conductio operarum*, e gli effetti della *Redemptio* operis:

a) Nella *Locatio et Conductio operarum*, il Locatore, la persona cioè che deve le opere, deve prestarle, e nel modo e nel tempo stabiliti, sotto pena di indennizzare il Conduttore. Di regola è obbligato a prestarle personalmente, nè può farle eseguire ad un altro, ammenochè non sia stato convenuto il contrario, o non si tratti di tali opere per cui l' abilità particolare del locatore sia affatto indifferente. Ove per un caso fortuito, egli sia nella impossibilità di prestare in tutto od in parte le opere promesse, non è obbligato ad indennizzare il conduttore, perchè *impossibilium nulla est obligatio*; ma per altra parte egli non potrà esigere la mercede, se non quando avrà prestato delle opere, e la potrà esigere in proporzione della prestazione. La ragione nè è evidente: la mercede gli è dovuta sotto la condizione della prestazione delle opere, queste non prestate, o prestate parzialmente, mercede non gli si deve, o gli si deve soltanto in parte (*fr. 15 §. 6 e fr. 9 §. 1 Dig. h. t.* XIX. 2). Ma *si per Locatorem non stetit, quominus operas præstet*, in altre parole, se il Conduttore non potè farlo lavorare, gli deve pagare la mercede, perchè qnesto Locatore era pronto a prestare l' opere, ed è dipeso dal Conduttore se prestate non furono. È vero che la Mercede era dovuta sotto la condizione che le opere fossero prestate, ma una condizione si reputa adempiuta, quando il suo adempimento è impedito da chi, pel medesimo doveva rimanere obbligato (*fr.* 19 §. 9, *fr. 38 Dig. h. t.* XIX, 2). Tuttavolta, se quel Locatore di opere, trova da impiegarle altrove, e non rimane così senza lavoro, deve diffalcare dalla mercede promessagli, il guadagno che da quel lavoro ritrarrà.

b) Nella *Redemptio operis*, il lavoro può essere eseguito sia personalmente dall' impresario, sia da altra persona cui egli lo affidi: quello che viene promesso non essendo tanto il lavoro personale, quanto il resultato compiuto del medesimo (*fr. 5 § 1 Dig. de verb. signif. L. 16*). La sostituzione di persona è dunque quì per regola ammessa, e soltanto per eccezione viene esclusa

da un patto esplicito, o dalla volontà presunta delle parti, come se per un' opera di belle arti si fosse contrattato con un artista famoso (*fr. 48 Dig. h. t. XIX*, 2 - *fr. 38* §. *21 Dig. de verb. obligat. XLV*, 1 - *fr. 31 Dig. de salut. XLVI*, 3). Il Danno cagionato da caso fortuito, da forza maggiore, ad un' opera impresa, in generale non ricade sull' impresario, sibbene sulla persona per la quale fu presa a fare (*fr. 59 Dig. h. t. XIX*, 2). Questa regola si limita:

1° Se l' impresario dell' Opera, si è chiamato responsabile ancora del caso fortuito (*argom. fr. 13* §, *5 Dig. h. t.* XIX, 2).

2° Se il Danno, che si è verificato, è conseguenza di difettosa od arbitraria costruzione, o di mala qualità dei materiali adoperati (*fr.* 51 §. *1*, *fr.* 25, §. 3. *fr. 60* §. *3*, *fr. 62 Dig. h. t.* XIX, 2). Le Leggi *presumono*, che il danno sia derivato da Colpa dell' impresario, quando si verificò prima che l' altra parte avesse ricevuto ed approvato l' opera (*fr. 36 Dig. h. t.* XIX, 2); presumono invece che sia derivato da caso fortuito, se si verificò dopo quel ricevimento e quell' approvazione (*fr. 24 fr. 36 fr. 62 Dig. h.* t XIX, 2). Ciò non pertanto, siffatte presunzioni, dovrebbero cedere ad una prova in contrario (*fr. 33*, *36*, *37 in f. fr.* 51 *in f. fr. 62 Dig. h. t.* XIX, 2). Nella Locazione e Conduzione di opere, ambedue le parti risentendo vantaggio dal Contratto, rispondono ancora della Colpa lieve.

§. 359. La Locazione e Conduzione di Opere, cessa:

1° Pel compimento del lavoro determinato, preso a fare.

2° Per lo spirare del tempo fissato, se le opere furono locate per un dato tempo.

3° Per la morte dell'operajo. Quella dell' impresario del lavoro scioglie il contratto, soltanto quando questo fu concluso in considerazione della sua abilità personale. Eziandìo in questa Locazione e Conduzione, è ammessa una tacita riconduzione, la quale dura finchè una delle parti non vi rinunzia (*fr. 13.* §. *10 e 11. Dig. h. t. XIX.* 2).

§. 360. In alcune emergenze può essere dubbioso, se fra due persone sia stato concluso un Contratto di Locazione o Conduzione, oppure un altro Contratto. - Esempigrazia, fu dubitato se esistesse Compra e Vendita, oppure Locazione e Con-

duzione di Opere, nel caso in cui taluno incaricasse un orefice di fargli un anello d' oro senza dargli il metallo necessario all' uopo, anzi incaricando l' artefice di porvelo di proprio. Cassio diceva, che in tal caso esisteva vendita dell' oro, e locazione del lavoro, ma Giustiniano decise che quella fosse una Compra e Vendita (*Istit.* §. *4. h. t. III. 24. - Gajo III. 147. - fr. 2.* §. *1. Dig. h. t. XIX. 1. - fr. 20. Dig. de cont. emt. XVIII. 1*). Come si questionava se il cambio di una cosa con un altra, e non di una cosa con un prezzo, fosse una Compra e Vendita; oppure una Permuta: così era disputa se esistesse Locazione e Conduzione, quando invece di un prezzo, una delle parti avesse promesso all' altra come correspettivo dell' uso e del godimento dovutogli, un altr' uso e godimento; p. e. se due vicini, avendo ciascheduno un bove da lavoro, avessero convenuto di prestarsi a vicenda per un certo numero di giorni il proprio, onde arare con ambedue quelli animali il respettivo campo. Fu deciso essere questo un contratto reale innominato *facio ut facias* (*Istit.* §. *2. h. t. III. 24. - Gajo III. 144. - fr. 5.* §. *2. fr. 17.* §. *3. Dig. de præscript. verb. XIX. 5*). - Non è una *Locazione e Conduzione Pura e Regolare*, quel Contratto per cui un padrone di bastimento, ricevuto delle quantità determinate di grano da più caricatori, si fosse obbligato a farle avere loro, non già in *specie*, ma in genere e quantità in un luogo determinato (*fr. 31 Dig. h t. XIX, 2*) Questo rapporto obbligatorio è Locazione e Conduzione di opere, in quanto il padrone di bastimento si obbliga a trasportare il grano: ma ha mistura di Mutuo, per l' obbligo assunto dal padrone del bastimento, ricevuto una quantità determinata di grano, (cosa fungibile) di restituire altrettanto in genere e qualità. I Commentatori chiamano questo rapporto obbligatorio, una *Locazione e Conduzione Irregolare*. - In ugual modo qualificano, quella singolare specie di Contratto, per cui il proprietario di un fondo rustico nel darlo in affitto, consegna al fittajolo, dietro stima, tutti gli arnesi, ed il bestiame necessarj a coltivarlo, (*instrumentum fundi*), stima che in tal caso si reputa fatta *venditionis causa* (*fr. 3. f. 54,* §. *2. Dig. h. t. XIX. 2*). In tali Contratti Irregolari di Locazione e Conduzione, il *periculum* della cosa è a carico del Conduttore.

c) Contratto Enfiteuticario
(*Contractus Emphyteuticarius*)

Istit. Lib. III, Tit. 24 §. 3 - Cod. Lib. III. Tit. 24 De Jure Emphyteutico.

§. 361. Il Contratto Enfiteuticario, o Enfiteutico è: quel *Contratto Consensuale, pel quale una delle parti si obbliga a dare all' altra, in correspettività di un annua corresponsione, un fondo in Enfiteusi.* In conseguenza della grande analogìa, che esiste fra questo Contratto e quelli di Compra e Vendita, e di Locazione e Conduzione, era controverso fra gli antichi Giureconsulti, se fosse da ascriversi all' una od all' altra di queste due specie di Contratti Consensuali (*Gajo III*, 145 - *Istit.* §. 3 *de loc. et conduct. III*, 24). Inclinavano a ritenerlo come una Locazione e Conduzione, quando consideravano l' obbligo del pagamento di un annua corresponsione, la resolubilità del Diritto che ne derivava; propendevano per lo contrario a qualificarlo per Compra e Vendita, allorchè si facevano a valutare le importanti facoltà giuridiche dell' Enfiteuta, e specialmente quelle di trasmettere agli Eredi, e di trasferire per *atti inter vivos* ad estranei, il Diritto di Enfiteusi, di alterare la faccia del fondo, di acquistare i frutti per semplice separazione (Vedi Teofilo h. l.). L' Imperatore Zenone pose termine a tali ambagi, attribuendo a questo Contratto un carattere proprio, e speciale, e statuendo che fosse *un jus tertium*, distinto e diverso dalla Compra e Vendita, e dalla Locazione e Conduzione (*cost.* 1 *Cod. de Jure Emphyt. IV*, 66), ma che deve ritenersi per la sua somiglianza con l' una e l' altra, come un vero e proprio Contratto Consensuale; così il Contratto Enfiteutico fu un quinto Contratto Consensuale. In conseguenza di questo suo carattere, esso si conclude e rimane perfetto, mediante il semplice consenso, ammenochè le parti non pongano qual condizione alla sua perfezione, la redazione in iscritto del medesimo. (*Istit.* §. 3 *de Locat. et Cond.* XXIV, 3 - *cost.* 1 *h. t IV*, 66). Siffatta redazione, per la *Novella* 120 *cap.* 6, è essenziale nei Contratti Enfiteuticarj relativi ai beni della Chiesa. Il Contratto

Enfiteuticario, è un Contratto bilaterale o sinallagmatico, perocchè dal medesimo nasca per un lato l' obbligazione dell' Enfiteuta di pagare il canone, e per l' altro l' obbligazione del proprietario della cosa Enfiteutica di far godere del diritto di Enfiteusi all' Enfiteuta; laonde ne derivano due azioni personali, l' una dell' Enfiteuta contro il Proprietario, l' altra del Proprietario contro l' Enfiteuta, azioni che nelle nostre Fonti non sono indicate con nomi speciali, e che i Commentatori del Diritto Romano chiamano *Emphyteuticariæ.*

§ 362. Dal Contratto Enfiteuticario, quando costituito regolarmente, nasce il Diritto Patrimoniale Reale di Enfiteusi (Vedi Volume I. Lib. II. §. 182 n° 1 pag. 634) a nostro credere senza bisogno di Tradizione. Ma il vincolo obbligatorio che resulta dal Contratto Enfiteuticario, può esistere fra due persone, e nonostante il Diritto Patrimoniale Reale di Enfiteusi, non avere vita. Ciò si verificherebbe, verbigrazia, se chi avesse per Contratto concesso ad altri in Enfiteusi un fondo, non fosse stato proprietario del medesimo, o non avesse avuto diritto di disporne in quella guisa; da questo Contratto non sorgerebbe Diritto patrimoniale reale di Enfiteusi, perchè chi non ha diritti non può trasmetterli; tuttavolta il Contratto esisterebbe e produrrebbe effetti; e valga il vero, potrebbe la persona a cui favore fu contratta l' obbligazione di dare il fondo in Enfiteusi, con l' azione personale *emphyteuticaria*, costringere l' altra parte alla esecuzione della sua promessa, od altrimenti a prestare una indennità.

§. 363. In generale il Contratto Enfiteuticario è governato dalle regole, che governano, o la Compra e Vendita, o la Locazione e Conduzione, secondo che l' analogìa consiglia l' applicazione delle regole proprie dell' uno o dell' altro, di quei due Contratti. Quindi è, a mò' di esempio, che per l' analogìa del Contratto Enfiteuticario con la Compra e Vendita, l' Enfiteuta può esigere di essere immesso nel possesso e nel godimento della cosa Enfiteutica, ed ha diritto di ricorrere contro il suo autore in caso di Evizione; mentre per l' analogìa del Contratto in discorso con la Locazione e Conduzione, gli sono applicabili le regole di questa relativamente al modo di godimento della cosa,

ed al pagamento dell'annua corresponsione. Se non che il Contratto Enfiteuticario, per la celebre costituzione Zenoniana (*cit. cost. 1 Cod. h. t. IV, 66*), ha delle regole speciali, relativamente ai rischj e pericoli della cosa Enfiteutica. Infatti l'Imperatore Zenone statuì, che la distruzione *totale* della medesima fosse a carico del proprietario il quale non potesse, avvenuta tal distruzione, esigere il Canone; mentre la distruzione *parziale*, fosse a carico dell'enfiteuta, cui non fosse lecito ottenere per quella, una *riduzione* di canone. Differenza notevole è questa, fra le condizioni dell'Enfiteuta, e le condizioni del Conduttore; avvegnaché, ricordiamolo, sia invece lecito a quest'ultimo, chiedere una riduzione della corresponsione che ha obbligo di pagare, ove i frutti del fondo per un caso straordinario ed impreveduto, vengano prima che sieno percetti a subire una incomportabile diminuzione (Vedi sopra § 355. pag. 144).

d) *Società* (*Societas*)

Istit. Lib. III, Tit. 25 De Societate - Dig. Lib. XVII. Tit. 2 Pro Socio - Cod. Lib. V. Tit. 37 Pro Socio.

§. 364. Il Contratto di Società è un: *Contratto Consensuale, pel quale due o più persone convengono di mettere insieme, o cose ed opere, o cose od opere, onde conseguire un fine comune, lecito, che generalmente é il guadagno.* Questo Contratto, come gli altri consensuali fin quì esaminati, è un Contratto derivato dal Diritto delle Genti, un Contratto di buona fede, un Contratto bilaterale o sinallagmatico: senonchè le obbligazioni reciproche, fra i Socj, che ne derivano, non sono distinte in due categorie diverse come nella Compra e Vendita, e nella Locazione e Conduzione, ma sono di identica natura per tutti; i Socj stanno tutti scambievolmente fra loro in una medesima relazione di creditori e debitori; onde deriva, che hanno una medesima azione, *l'actio pro Socio*, esperibile da ciascun di loro contro l'altro, azione, *quæ ab utraque parte directa est.* (*Istit. §. 2 de pœna temere litig. IV, 16*). Tre sono i Requisiti essenziali di questo Contratto:

1.° Cose ed opere, che come Capitale ognuno dei Socj conferisce

2.° Uno scopo comune, che gli associati si propongono di conseguire, e che generalmente è il guadagno

3.° Il Consenso.

1.° *Cose ed Opere*

§. 365. È obbligo di ogni Socio di conferire qualche cosa alla Società, ma non è necessario che la collazione di un Socio, sia uguale in genere e quantità, a quella degli altri; laonde uno può conferire, esempigrazia, del danaro contante, un altro delle merci, un terzo la propria industria, un quarto degli immobili, un quinto una cosa incorporale come un diritto, una privativa (*fr. 5 §. 1 Dig. h. t. XVII, 2*). E delle cose objetto di collazione, può essere conferita la proprietà, o l'uso soltanto (*fr. 29 §. 1 fr. 52 §. 2 fr. 80 Dig. h. t. XVII, 2 - cost. 1 Cod. eod, V, 37 - Istit. §. 2 h. t. III, 25*). Essenziale è per altro, che ognuno dei Socj conferisca una qualche cosa, altrimenti potrebbe verificarsi di fronte a chi non conferisse cosa alcuna, Donazione per parte degli altri, ma non Società (*fr. 5 §. 2 Dig. h. t. XVII, 2 - fr. 16 §. 1 Dig. de minor IV, 4*). In mancanza di espressa convenzione sulla qualità e quantità delle collazioni respettive, si presume che la collazione di ciaschedun socio, abbia ad essere uguale a quella degli altri tutti (*fr. 29 Dig. h. t. XVII, 2*).

2.° *Scopo comune.*

§. 366. La Società ha generalmente per scopo il guadagno, l'acquisto, e dicesi per questo *Societas quæstuaria*, ma ciò non sempre; può esistere una *Societas non quæstuaria*: per esempio quella contratta per l'uso comune di una cosa, *quoad usum* (*fr. 52 §. 14 Dig. pro Socio XVII, 2*); l'importante si è, che i paciscenti abbiano avuto in mira di conseguire un resultato qualunque, destinato a *divenire comune*, di comune *interesse*. Se in una convenzione si ha in vista soltanto l'interesse di una delle parti, non esiste Società, ma piuttosto Mandato (*fr. 51 Dig. h. t. XVII, 2*). Questo scopo deve essere *lecito*, e conseguibile con mezzi, che abbiano il carattere della liceità: *rerum inhonestarum nulla est Societas* (*fr. 57 Dig. h.*

t. XVII, 2 - fr. 35 §. 2 Dig. de contr. emt. XVIII, 1 - fr. 1 §. 14 Dig. de tutelæ actione XXVII. 3). Una associazione intesa a fare il contrabbando, a commettere furti, a tenere aperti luoghi di prostituzione, non sarebbe valida Società: *quia delictorum, turpis atque foeda communio est*. A cose intiere, ogni Socio potrebbe con la *condictio sine causa*, riprendere ciò che conferì; e questo, sostenendo la nullità della Convenzione, *ob nullam causam* (*fr. 5 Dig. de condictione sine causa XII, 7*). Ma se operazioni fossero state fatte nel comune interesse, e dei lucri fossero stati conseguiti, di questi non potrebbero gli interessati chiedere il reparto, attalchè di essi profitterebbe il possessore: *si dantis et accipientis turpis causa sit, possessor potior est* (*fr. 8 Dig. de condict. ob turpem causam XII, 5*); le respettive collazioni potrebbero tuttavolta ancora in tal caso, venire ripetute, allegando che non ha diritto di ritenerle, chi le ricevè per uno scopo turpe (*Pothier* della Società n.° 36).

3.° *Consenso*

§. 367. La Società, come Contratto Consensuale, si perfeziona mediante il consenso, senza bisogno di altro. Tal consenso può essere così *tacito*, come *espresso*: onde la distinzione fra Società *espressa* e Società *tacita*, cioè Società la cui esistenza si conclude dai fatti, come p. e. il dare o il ricevere la collazione, *re*: o resulta da un esplicita manifestazione di volontà (*fr. 4 pr. Dig. h. t. XVII, 2*). In qualunque modo può dimostrarsi l' esistenza del consenso: per lettere, per testimonj; ma essenziale è che consti, che sia cioè posta in sodo l' intenzione delle parti di associarsi, *l' affectio Societatis*. È per questa intenzione (*affectio*), che bene si distingue la *Società* (*Societas*) dalla Comunione dei beni (*Communio*). La Società implica Comunione, ma non ogni Comunione implica Società. La Società deriva sempre dalla volontà (*fr. 32 Dig. h. t. XVII, 2*) ed è destinata a durare finchè i contraenti non hanno conseguito lo scopo, che si sono proposti; la comunione invece, deriva ordinariamente da una accidentalità, o se deriva dalla volontà, manca uno scopo comune ai comunisti (*fr. 31 Dig. h. t. XVII, 2*), e dura finchè uno dei comunisti non ne chiede lo

scioglimento. Fra i Comunisti intercede un vincolo più presto reale che personale; fra i Socj piuttosto personale che reale. E di vero, se un comunista vende la sua parte indivisa, il compratore gli succede nella comunione e diviene comunista, mentre il socio che vende la sua quota di interesse nella Società, non perde la qualità di Socio, e non l' acquista il Compratore; (*fr. 6* §. *1 Dig. commun. divid. X, 3 - fr. 17, 19, 20, 21 Dig. h. t. XVII, 2*); per la morte di uno dei Socj, la Società si scioglie, non già la Comunione. Ma di tutto questo, diremo più diffusamente trattando della *Communio incidens.*

§. 368 Grave errore sarebbe confondere la *Società* con la *Corporazione*. Nella Corporazione, il Diritto Romano riconosce una persona giuridica, un ente morale, distinto dalla persona fisica dei singoli membri che la compongono, ente morale che ripete la sua esistenza dalla autorizzazione dello Stato. Nella Società invece, il Diritto Romano, checchè ne abbiano pensato alcuni Giureconsulti odierni (Vedi Troplong Contratto di Società n.° 24, 58 e seg.) non fa questa distinzione, non riconosce un ente morale Società, distinto dalla persona fisica dei Socj. Di quì deriva che i singoli Socj sono subjetti dei Diritti Sociali, e proprietarii *pro rata* dei beni Sociali; come sono personalmente *pro rata* tenuti per i debiti Sociali, i membri di una Corporazione per lo contrario, non sono i subjetti dei Diritti di essa, nè i debiti di lei fanno personalmente carico a costoro; quei diritti, questi debiti sono proprii della persona giuridica. La Società si scioglie per la morte anche di un solo socio: la Corporazione rimane, sebbene tutti i primitivi suoi membri sieno venuti a mancare, qualora sieno stati surrogati da dei nuovi.

§. 369. Tre specie di Società si distinguono in Diritto Romano: 1.° La Società universale dei beni (*Societas omnium bonorum, o universarum fortunarum.*

2.° La Società generale dei lucri (*Societas omnium quæstuum, o universorum quæ ex quæstu veniunt.* 3.° La Società Particolare (*unius rei, unius negotiationis*).

1.° *Società universale dei beni.*

§. 370. In questa Società gli Associati convengono di comunicarsi, e di porre insieme tutti i beni presenti e futuri, senza limitazione alcuna. Compongono l' attivo di questa Società, tutti i beni, che i Socj hanno, ed avranno in seguito, fino allo scioglimento della Società, purchè non provenienti da acquisto illecito, come il Delitto (*fr.* 5 §. 1 *fr.* 73 *Dig. h. t.* XVII, 2). Le cose *future*, non entrano in comunione fra i Socj, finchè non è avvenuta la effettiva comunicazione delle medesime, mediante la tradizione (*fr.* 74 *Dig. h. t.* XVII, 2). Le *presenti* all' opposto, sono comunicate per effetto della sola convenzione, senza bisogno di tradizione (*fr.* 1 §. 1 *e fr.* 2 *Dig. Dig. h. t.* XVII, 2); dei crediti è necessario cedere le azioni (*fr.* 3 *eod.*). Ciò pare contrario alla regola, che non coi nudi patti si trasferisce il Dominio, ma in realtà contrario non è: perchè contratta appena la Società, ogni Socio non possiede più i beni già suoi per se, li possiede a nome di tutti i Socj, e questi ultimi ne acquistano il possesso per *constitutum possessorium* (Vedi Vol. I. Lib. II §. 110 lett. b pag. 536). Il passivo di questa Società consta di tutti i Debiti, presenti e futuri di ogni Socio, eccettuato quei debiti che resultano da Delitto. Quello che uno dei Socj avrà preso dalla cassa sociale per saldarli e liberarsene, dovrà essere imputato nella sua parte, all' epoca della divisione: ammenochè non sia stato ingiustamente condannato al pagamento, o gli altri Socj non abbiano accettato scientemente il lucro proveniente dal suo fatto illecito (*fr.* 52 §. *18*, *fr.* 55 *fr.* *56*, *fr.* 59 §. 1 *Dig. h. t.* XVII, 2). Ognuno dei Socj nell' entrare in Società, perdendo il suo patrimonio privato, la Società provvede alle sue spese ed ai suoi bisogni (*fr.* *39* §. 3 *Dig. fam. ercisc. X, 2 - fr. 73 Dig. h. t. XVII,* 2), e in mancanza di esplicita convenzione in contrario, non si tiene conto se le spese dell' uno dei Socj superano quelle dell' altro (*fr.* 5 §. 1 *fr.* 73 *Dig. h. t. XVII*, 2); ma niuno fra essi può alienare più della sua parte (*fr. 68 Dig. eod.*).

2.° Società Generale dei lucri.

§. 371. I Contraenti convengono quì di avere comuni tutti gli acquisti, provenienti dai guadagni loro, *quæstuum* (*Dig. h. t XVII, 2*). I profitti derivanti dalle compre e vendite, dalle locazioni e conduzioni, o da altre consimili convenzioni, o da speculazioni, fatte anche in proprio nome da uno dei Socj, debbono essere comunicati. Ma non già gli acquisti a titolo gratuito, come l' eredità, i legati, le donazioni, insomma tutto quello, che proviene dalla fortuna, anzichè dall' industria e dall' attività, come pure gli acquisti provenienti da Delitto (*fr. 8 - 11, fr. 13, fr. 62 §. 8, fr. 71 §. 1, fr. 53 Dig. h t. XVII, 2*). Non entra nell' attivo di questa Società la proprietà dei beni, che le parti avevano prima di contrarla, come non fanno parte del di lei passivo i loro debiti (*fr. 12 Dig. h. t.* XVII, 2). Nel dubbio se le parti intendessero di contrarre una Società universale dei beni, od una Società generale dei guadagni, si presume che volessero contrarre quest' ultima (*fr.* 7 *fr. 13, fr. 73 Dig. h. t.* XVII, 2).

3.° Società particolare.

§. 372. È quella contratta soltanto:

a) per un certo genere di affari, (*unius negotiationis*) avente per oggetto una serie di operazioni necessarie ad un commercio determinato, come la Società per la compra e vendita degli schiavi, pel commercio dei grani, ec.

b) o per una, o più cose determinate (*unius rei*), esempigrazia per l' esercizio di una miniera, per la compra e vendita del carico di una nave (*fr. 3 §. 2, fr. 52, §. 6, fr. 63 Dig. h. t.* XVII, *2*). Il Diritto Romano fa menzione ancora, di una Società particolare, che come vedremo è governata da principj speciali per riguardo al suo scioglimento, vogliamo dire la Società, che contraevasi fra coloro che prendevano in appalto le Rendite dello Stato, e che appellavano *Societas Vectigalis* (*fr.* 5 *Dig. h. t.* XVII, 2). Nelle Società *particolari*, devesi conferire unicamente quel lucro e quel danno, che derivano dal genere di affare o dall' affare unico, impresi nel comune interesse (*fr.*

52 §. 5 e 6 *Dig. h. t.*). Le somme destinate ad eseguire le operazioni commerciali, o l' operazione commerciale, che le parti si sono proposte, non divengono comuni dal momento in cui furono stanziate a quest' uopo, sibbene dal momento della effettiva loro collazione (*fr. 58 pr. §. 1 Dig. h. t.*).

§. 373. Dalla Società, come *Effetti*, derivano Diritti ed Obblighi dei *Socj fra loro*, e possono derivare Diritti ed obblighi fra i *Socj ed i terzi.*

a) Diritti ed obblighi dei Socj fra loro

§. 374. Ogni Socio deve conferire quell' industria, o quel capitale che ha promesso (*fr. 52 §. 8 fr. 58 §. 2 fr. 73 Dig. h. t.*). Se è moroso a conferire, è obbligato a pagare le usure moratorie (*arg. fr. 60 Dig. h. t.*). Nel dubbio se un Socio intese di conferire, o la proprietà, od il godimento delle cose promesse, vuolsi presumere che intendesse conferire la proprietà, ove le cose conferite sieno fungibili (*arg. fr. 58 §. 1 Dig. h. t.*); il godimento, ove sieno cose immobili, o consistono in istrumenti in utensili, od altri arnesi da lavoro che possono fare conseguire lo scopo sociale, senza che divengano comuni fra i Socj (*arg. fr. 58 pr. Dig. h. t.*). Ma questa presunzione non varrebbe, quando dal ritenere che fosse conferito il solo godimento, resultasse troppo grande una sproporzione fra la collazione di un Socio e quelle degli altri (*argom. fr. 5 §. 1 Dig. h. t.*). Del resto, è questa una questione di volontà, questione anzichè di diritto, di fatto, la quale dunque non può risolversi che dietro l' esame di tutte le circostanze speciali del caso (*Vinnius.quaest. select. Lib. eap; 54*).

2.º Allorquando gli altri Socj non vi si oppongano, lice ad un Socio amministrare gli affari sociali, purchè nel comune interesse, e coerentemente allo scopo della Società. In questa amministrazione, nell' ultimo stadio del Diritto Romano, in cui prevalse l' opinione di Celso; il Socio deve adoperare, quella diligenza, che adopera nelle cose proprie (*Istit. §. 9 h. t. III, 25 - fr. 72 Dig. pro Socio XII, 2*). A gestione finita, deve render conto della medesima, ed è obbligato a pagare le usure sul danaro Sociale, che avesse impiegato ad esclusivo suo personale vantaggio (*fr.*

1. §. 1 *Dig. de usuris* XXII, 1). Rimanendo debitore verso gli altri Socj, non può venire condannato a pagare, se non *in quantum facere potest* (*fr.* 63 *Dig. pro Socio* XII 2), ma chiarito colpevole di Dolo, incorre nell' infamia (*fr.* 1, *fr.* 6 *Dig. de his qui not. infam* III, 2). Ha diritto di essere rimborsato delle spese fatte a pro della Società, di esigere interessi sui capitali proprj, dei quali è stato in disborso per avvantaggiare gli affari Sociali; di venire risarcito di tutti i danni sofferti per interesse comune, e liberato da tutte le obbligazioni, che per la stessa ragione avesse dovuto contrarre (*fr.* 38 §. 1, *fr.* 52, §. 10 e 12, *fr.* 67, §. 2 *Dig. h. t* - *fr.* 52 §. 4, *fr.* 60 §. 1 *Dig. eod.* - *fr.* 67 *Dig. eod*).

3.° Ogni Socio ha Diritto di partecipare ai lucri, come per altra parte ha obbligo di partecipare alle perdite. Intorno a tale partecipazione ai lucri ed alle perdite, sono da osservarsi le regole, che andiamo ad esporre:

a) Qualora le parti nel contrarre la Società, non avessero stabilito nulla sulla repartizione dei lucri e delle perdite, gli uni e le altre debbono venire repartiti, non già in proporzione del valore della respettiva collazione, ma a porzioni uguali. Così è espressamente ordinato al §. 1 delle Istituzioni Imperiali a questo Titolo (25. *del Libro* III.) « Et quidem si nihil de « partibus lucri et damni nominatim convenerint, *œquales* sci- « licet partes, et in lucro et in damno spectantem (*confr. fr.* 29 *Dig. h. t.* XVII, 2 - *Gajo Comm.* III. §. 150 - *Nov.* 103 *dell' Imperatore Leone*). Forse la Legislazione Romana stabilì questa regola (che in astratto sembra iniqua) in considerazione della possibilità, che l' industria personale di un Socio, più vantaggiosa di quella dell' altro, compensasse quel di più che l' altro Socio avesse conferito in valori effettivi.

b) Se i Socj avessero rimesso lo stabilire la misura della repartizione dei lucri e delle perdite, ad un arbitro designato individualmente, e scelto anche nel loro seno, deve rispettarsi la sua decisione, ove non sia apertamente iniqua; avvegnachè se fosse tale, meriterebbe la correzione del Giudice (*fr.* 79. *Dig. h. t.*). Ma se l' arbitro designato non vuole o non può fare quella repartizione, *nihil agitur;* non vi ha Società (*fr.* 75. *Dig. h. t.*),

come non vi ha Compra e Vendita, se l' arbitro designato per stabilire l' ammontare del prezzo, non lo stabilisce (Vedi sopra §. 334 pag. 126): allora esisterebbe una Comunione di fatto, da sciogliersi con le regole proprie di quest' ente giuridico. Nella Società, a differenza di ciò che avviene nella Compra e Vendita, le parti possono rimettersi ad un arbitro, senza designarlo individualmente; in tal caso lo nomina il Giudice (*fr. 76. Dig. h. t.*)

c) Quando le parti, nel contrarre la Società, stabilirono soltanto il modo di repartizione degli utili, si ha da ritenere che volessero repartite nella stessa misura ancora le perdite; e viceversa (*Gajo III, 150 - Paolo II, 16 - Istit. §. 3. h. t. III, 25 - fr. 10 Dig. de reg. juris L. 17*).

d) Ove finalmente, le parti avessero stabilito espressamente la maniera di ripartire lucri e perdite, è giuoco forza rispettare questa legge, che da se sonosi imposte (*Gajo III, 150 - Istit. §. 1, 2, 3, h. t. III, 25. - fr. 29. pr. Dig. h. t.*). Lice alle parti stabilire qualche disuguaglianza, in siffatta repartizione. I Compilatori delle Istituzioni Imperiali (*§. 2. h. t. III, 25*) narrano, come fra gli antichi Giureconsulti si disputasse, se fosse lecito fissare nel contratto Sociale, che un Socio godesse di due terzi degli utili, e soffrisse un terzo delle perdite, e l' altro soffrisse due terzi delle perdite, e godesse di un terzo degli utili: e ci apprendono, che Quinto Muzio considerava tal convenzione come contradittoria all' essenza della Società, e per conseguenza come nulla; mentre Servio Sulpizio, la cui opinione prevalse, riteneva il contrario, rilevando, che talora l' industria di un Socio è tanto preziosa per la Società, da giustificare il vantaggio della sua condizione di fronte agli altri. Siffatto ragionamento sembrò tanto giusto (seguitasi a narrare nelle Istituzioni), che fu poi ammesso come valido Contratto di Società, quello nel quale uno dei Socj partecipasse ai lucri, e non alle perdite; (*Gajo III, 149 - fr. 29. §. 1. Dig. h. t. XVII, 2*); ben inteso per altro, che nel trattare di lucri e di perdite si contemplano le perdite ed i lucri non di un solo, o di pochi affari, ma quelli di tutta la Gestione Sociale, quelli insomma definitivi, o finali (*Istit. §. 2. h. t. III, 25 - fr. 30. Dig. h. t. XVII, 2*). Ciò

non pertanto, la Società nella quale fosse stato stabilito, che uno dei Socj avesse da essere escluso da *qualunque partecipazione ai lucri*, ed essere astretto a partecipare alle perdite, sarebbe nulla, sarebbe la Società della favola del leone con gli altri animali, Società *Leonina* (*fr. 29 §. 1, e 2, fr. 30. Dig. h. t. XVII, 2*),

4.° Ciaschedun Socio, ottiene la esecuzione, ed è astretto alla esecuzione delle obbligazioni derivanti dal Contratto di Società, mediante *l' actio pro socio;* e con questa azione si ottiene eziandìo lo scioglimento della Società (*fr. 52 §. 15, fr. 65. pr. e §. 15. Dig. h. t. XVII, 2 - cost. 5. Cod. eod IV, 37*). Ma questa, come azione personale, non ha effetti attributivi di proprietà; con essa si ottiene che sieno fissate le porzioni intellettuali dovute a ciaschedun Socio, le quali soltanto con *l' actio communi dividundo* e con *l' adjudicatio* che ne consegue, si traducono in porzioni reali ed effettive (*fr. 1, Dig. com. divid.* X, 3 - *fr. 2. pr. Dig. eod.*).

5.° Ognuno dei Socj ha la facoltà di disporre della sua quota Sociale, può trasferire i diritti che ha su quella ad un terzo non Socio; ma per questa traslazione, quel terzo non diviene Socio. - Del pari è lecito ad ogni Socio di associarsi nella sua quota, una persona estranea alla Società, ma per cotal guisa il Socio del Socio non diviene membro della primitiva Società (*fr. 19. fr. 20, fr. 21 fr, 22. Dig. h. t.* XVII, 2).

b) Diritti ed obblighi fra i Socj ed i terzi

§. 375. In Diritto Romano, non riconoscendosi un Ente Morale Società, distinto dalle persone fisiche dei Socj, che la compongono, non si può dire parlando esattamente, che una Società ha dei Crediti e dei Debiti verso i terzi estranei alla medesima; e quando si adopera quella locuzione s' intende di dire, che ciascuno dei Socj individualmente è in quella relazione attiva o passiva di obbligazione. - Importante esame, è quello inteso a constatare come i Socj possano venire in siffatte relazioni con gli estranei. - Il modo più semplice si è, che tutti i Socj insieme abbiano concluso direttamente il rapporto obbligatorio coi terzi, intervenendo di persona nella Convenzione. Allora coerentemente ai principj generali (*Vedi sopra* § *239. pag. 14 - 15*), sono tutti obbligati

stabilita (α): se il tempo di quella durata non fu determinato, ogni Socio può liberamente rinunziare quando più gli aggrada. Tuttavolta, supposto che tal rinunzia fosse fatta in momento tale, che per la medesima, dolosamente si venisse a privare la Società di un lucro o di un vantaggio, cui avesse avuto diritto di aspettarsi, cotal rinunzia scioglierebbe gli altri Socj dal rinunziante, ma non il rinunziante da essi: *a se quidem liberare Socios suos, se autem ab illis non liberare* (*fr. 65. Dig. h. t.*). Per esempio, se in una Società universale di tutti i beni, un Socio pretendesse rinunziare alla medesima, per godersi solo una eredità che gli è stata lasciata, e non comunicarla ai Socj: la rinunzia fatta in questo intendimento, scioglierebbe gli altri Socj, non il rinunziante (*Istit. §. 4. h, t. III; 25 - Gajo III, 150*); attalchè costui dovrebbe comunicare la eredità agli altri Socj, senza che questi fossero nell' obbligo di comunicare a lui gli acquisti, che per avventura facessero - (β). Se il tempo della durata della Società fu stabilito, chi rinunzia senza gravi ragioni alla medesima, prima dello spirare di quello, *Socium a se, non se a socio liberat.* Laonde, se posteriormente alla sua rinunzia, furono fatti dei lucri dalla Società, il rinunziante non vi partecipa, mentre deve sopportare la sua parte di perdite, che la Società avesse a subire (*fr. 14. fr. 15. fr. 16. fr. 65 §. 6 Dig. h. t. XVII, 2*).

b) Si scioglie la Società, indipendentemente dalla volontà dei Socj:

1° Per morte di uno dei Socj; avvegnachè consentire ad associarsi con più persone riunite, non sia lo stesso che consentire ad associarsi con una o con alcune di queste persone separatamente: e la persona defunta poteva ispirare a taluno tanta fiducia, che in considerazione di costei abbia contratto una Società, da cui in mancanza di essa sarebbesi astenuto (*Istit. §. 15. h. t. III, 25*). Questa regola non varrebbe, qualora le parti nel contrarre la Società avessero stabilito, che morto uno dei Soci, seguitasse la Società fra i suprestiti; un tal patto sortirebbe efficacia (*fr. 65. §. 9. Dig. h. t. XVII, 2*). Vero è bene, che una nuova Società prenderebbe allora vita, ma sarebbe conseguenza del contratto col quale fu costituita l' antica. Non è le-

cito convenire che morto un Socio, la Società seguiterà con l'erede di lui (*fr. 59. pr. Dig. h. t. XVII, 2*), perocchè la Società fondandosi sulla fiducia in certe persone, (*certam personam sibi eligit Socius*), (*Istit. l. cit.*): questo fondamento manca di fronte all' erede del Socio, che è persona incerta, e può riuscire non gradita (*fr. 65. §. 11. Dig. h. t. XVII, 2*). - Nè il Socio ovvierebbe a tale ostacolo, nominando e specificando la persona che sarà suo erede, con l' intendimento di farla conoscere ed aggradire agli altri Socj, avvegnachè tale specificazione sarebbe invalida, come quella cui resisterebbe la regola, non essere lecito precludersi la via a mutare di ultima volontà, e limitarsi la libertà di testare (*fr. 52. §. 9. Dig. h. t. XVII, 2*). In Diritto Romano, per eccezione, non si scioglie con la morte di uno dei Socj la *Societas Vectigalis*, ossia dei *Pubblicani*: essa continua eziandìo con gli eredi del Socio defunto (*fr. 59. 65. §. 15. Dig. h. t. XVII. 2*). Morto uno dei Socj, i suoi eredi succedono in tutti i Diritti che aveva acquistato, ed in tutti gli obblighi che aveva contratto verso i suoi Socj: in questo senso cioè, che possono riscuotere i suoi crediti, e che debbono pagare i suoi debiti, rimanendo tuttavolta estranei alla Società (*fr. 35, 36, 40, Dig. h. t. XVII, 2*). Ove fossero accolti come Socj, verrebbe a costituirsi con loro una nuova Società, diversa da quella vegliata con il loro autore (*fr. 37 Dig. eod.*). - L' alienazione mentale di uno dei Socj, darebbe diritto tanto al Curatore del furioso, quanto agli altri Socj di chiedere lo scioglimento della Società (*Cost. 7. Cod. h. t. IV, 38*).

2° La morte Civile, che si verifica per la *Capitis diminutio maxima o media*, è causa di dissoluzione del vincolo Sociale, alla pari della morte naturale (*fr. 63. §. 10. Dig. h. t.*), non così la *minima* (*fr. 63. §. 10. fr. 65 §. 11. Dig. eodem*).

3° La Società si scioglie eziandìo per la confisca (*publicatio*) dei beni di uno dei Socj, o per la cessione che egli ne facesse ai suoi creditori (*Istit. §. 7. h. t. III. 25.- fr. 65. §. 12. Dig. h. t. XVII, 2 - Gajo III, 154 - Istit. §. 8. l. cit. - fr. 4, §. 1 fr. 65. §. 1 Dig. h. t.*); ciò non avverrebbe, se il Capitale da esso conferito alla Società, non consistesse in danaro od in beni stabili, sibbene in una industria personale, che la confisca e la

cessione dei beni non potrebbero colpire (*cit. fr. 65. §. 1 Dig. h. t. XVII, 2 - Istit. §. 78. h. t.*). - Può essere costituita una nuova Società col debitore, che ha ceduto i suoi beni (*Istit. § 8. l. cit.*).

4° La distruzione della cosa, objetto della Società, e condizione necessaria all' esistenza di lei, la estingue (*fr. 65. §. 10, fr. 58. pr. fr. 15. Dig. h. t. XVII, 2*).

5° Finalmente, un' ultima causa di estinzione del vincolo Sociale, sarebbe la sopravvenuta incapacità di un Socio, a prestare alla Società la sua industria *personale*, che fu valutata qual sua collazione (*a*).

(a) Le regole, che abbiamo esposto circa alla Società, sono proprie del Diritto Romano, e presso di noi sono applicabili alle Società Civili. - Le Società Commerciali, (*in nome Collettivo, in Accomandita, Anonime*), sono governate dal Codice di Commercio (art. 18. fino a 64 inclusive). Devieremmo troppo dal nostro scopo, se ci facessimo a riferire il disposto del Codice medesimo su questo argomento. Ci limitiamo ad osservare, che in quelle quistioni, per risolvere le quali il Codice di Commercio non offre sufficenti dati, è necessario, in Toscana, ricorrere al Diritto Romano, come a Diritto Comune, del quale il Codice di Commercio ha da considerarsi quale una modificazione eccezionale.

In Toscana si conoscono ancora due specie di Società Civili, che chiameremmo volentieri indigene. - Tali sono: la *Società Colonica*, e la *Società dei beni fra i Contadini*. - La prima è quella Società, che intercede fra il proprietario della terra, ed il Colono che la coltiva nell' interesse comune. Diciamo Società il Contratto che si conclude fra il Padrone e l' Agricoltore, (sebbene il Diritto Romano lo considerasse come un Contratto di Locazione e Conduzione di opere) perchè il carattere Sociale vi predomina. - Le leggi del 2 Agosto 1785, del 16 Giugno 1817, contengono alcune poche disposizioni su questa Società; la Giurisprudenza ha supplito in molte parti alle lacune della Legislazione, ma una Legge completa su questa importante materia, è un bisogno sentito da tutti, a cui sarebbe utile fosse provveduto. - Molte notizie su questa Società, possono ricavarsi dall' ottimo Libro, che ha per titolo: *Saggio di un Corso di Legislazione Rurale* (Estratto dalle Conferenze tenute nella Biblioteca dell' I. e R. Accademia dei Georgofili l' anno 1845. Vol. I Parte 1, pag. 31 e seg.) -- La Società dei beni fra i Contadini, detta anche essa talora *Società Colonica*, è quella che esiste fra i componenti una famiglia colonica, rimasta nell' indivisione almeno per tre generazioni. - Non è regolata da leggi scritte, sibbene dalla Consuetudine e dai principj del Diritto Romano intorno alla Società Universale dei beni, ed alla Società generale di lucri. Scrisse ottimamente intorno a tale Società, l' Avv. Gregorio Fierli, nel suo opuscolo che va sotto il titolo di *Divisione dei beni dei Contadini*.

e) *Mandato* (*Mandatum*)

Istit. Lib. III. Tit. 26 de Mandato - Dig. Lib. XVII. Tit. 1 Mandati vel contra - Cod. IV. Tit. 35 Mandati vel contra.

§. 377. Il Contratto di Mandato è: *Un Contratto Consensuale, pel quale una persona, il Mandatario, si obbliga verso un altra, il Mandante, a trattare gratuitamente gli affari leciti, dei quali quest' ultima la incarica.* La voce *Mandatum* deriva da *Manum dare*, il darsi la mano in segno di fede promessa ed accettata: perchè, come dice il Giureconsulto Paolo, il Mandato *originem ex officio, atque amicitia trahit* (*fr. 1 §. 4 Dig. Mandati vel contra XVII, 1*): l' amico stringendo la mano all' amico, gli affidava i proprj affari: (*Plauto Captiv. A. II. Sc. 3 v. 82 - Terenzio Heautont. A. III, Sc. 1 v. 84*). Le leggi attribuirono il carattere di Contratto al Mandato, dopo che l' esperienza ebbe dimostrato, come troppo di frequente l' amico abusasse della fiducia in lui riposta dall' amico, pregiudicandolo negli interessi commessigli, o questi pagasse d' ingratitudine quello, non liberandolo dagli impegni che aveva contratto per vantaggio di lui. Tardi per altro, il Mandato divenne una istituzione giuridica, avvegnachè, come già fu altrove reiteratamente avvertito, fosse un principio fondamentale del Diritto Civile primitivo, che niuno avesse facoltà di farsi rappresentare *per extraneam vel liberam personam* nel concludere i negozj giuridici. Senonchè la Giurisprudenza, i Pretori, e poi le Leggi, temperarono a poco a poco questa regola rigorosa. E relativamente ai Diritti Patrimoniali Reali abbiamo già osservato, che una Costituzione di Settimio Severo, relativa al possesso, fosse causa che eziandìo per rispetto al Dominio, venisse implicitamente ammesso l' acquisto per via di rappresentante, persona libera ed estranea (Vedi Vol. 1º Lib. 2º §. 79 pag. 496 e 497 e §. 47 lett. c) pag. 459). In seguito lo stesso avvenne per riguardo ai Diritti emergenti da un rapporto obbligatorio; non già che la persona la quale li acquistava per interesse di un altro, agisse in nome di costui; chè anzi doveva agire in nome proprio: ed obbligava se verso gli estranei - gli estranei a se,

(appunto come il Commissionario del nostro Diritto Commerciale); ma grazie ad alcuni mezzi indiretti, che andiamo a descrivere, il resultato della operazione ridondava in sostanza sulla persona per interesse della quale era stata impresa. Da primo fu ammesso, che la persona la quale incaricò un altra della conclusione di un affare, potesse agire mediante *l' actio mandati*, contro l'incaricato affinchè gliene facesse avere il resultato. Questi così compulsato, agiva alla sua volta contro il terzo (col quale aveva contrattato in nome proprio) perchè eseguisse la sua obbligazione, e ne faceva passare il risultato al Mandante. Viceversa, il terzo, che voleva godere del resultato di una Convenzione conclusa a proprio vantaggio col Mandatario, agiva contro di lui, e questi si faceva indennizzare, con *l' actio Mandati contraria*, dal Mandante di quello che per conto di lui avesse dovuto pagare al terzo. Ad evitare tali tortuosi giri, fu stabilito in progresso di tempo, che il Mandante si facesse cedere dal Mandatario le azioni, che questi avrebbe potuto sperimentare contro il terzo, e viceversa, che il terzo si facesse cedere dal Mandatario le azioni, che questi poteva sperimentare contro il Mandante (*fr. 8 §. 10 in f., fr. 10 §. 6, fr. 45, 59 pr. Dig. h. t. XVII, 1 - fr. 49 §. 2 Dig. de acq. poss. XLI, 2*). Giunti a cotal punto, fu fatto un passo di più, dando a chi poteva sperimentare quelle azioni, la facoltà d' intentarle in proprio, ma come azioni *utiles*, La differenza fra azioni *dirette o volgari*, ed azioni *utili* (create per analogìa alle volgari) differenza dipendente dall' antica procedura, sparì con quella; in Gius Nuovo rimase fra loro una pura differenza nominale: attalchè in Gius Nuovo il Mandante può liberamente agire contro i terzi, che contrattarono col suo Mandatario: e viceversa questi possono agire contro di lui. Ciò nonpertanto nel Diritto Romano, rimase sempre la regola, che il Mandatario agisce in proprio nome per interesse del Mandante: egli non è (come oggi presso di noi) un rappresentante del Mandante, che agisce a nome del medesimo. Il resultato pratico per altro, in sostanza ne è lo stesso. Tuttavolta sarebbe un errore il ritenere, che l' idea di farsi rappresentare da una persona, libera ed estranea, fosse rifiutata in un modo assoluto dal Diritto Romano. Una eccezione il

Diritto Civile la introdusse nella procedura *per formule, o formularia.* Ad evitare gli imbarazzi della regola, per cui era vietato di stare in giudizio mediante un rappresentante, ammise il *Cognitor*, che fu un vero rappresentante costituito solennemente dalle parti litiganti dinanzi al Magistrato, e il quale perciò che atteneva al processo, fu considerato formare una sola persona con quella che l'aveva costituito (*Gajo IV §. 82 e seg.*). Del pari, il Pretore nel suo Editto, in materia commerciale, e trattandosi di operazioni alle quali una persona era stata preposta da un altra, considerò quel preposto (*Institor, o Magister navis*), come rappresentante di chi lo aveva preposto (*Dominus, Exercitor*). Infatti il preponente (*Dominus negotiationis, Exercitor*) fu come vedremo, vincolato personalmente e direttamente verso i terzi, coi quali aveva, in nome di lui contrattato il preposto; onde i terzi poterono convenirlo direttamente con le azioni *institoria o exercitoria.*

§. 378. Tre sono i requisiti del Mandato:

1.° il Consenso, 2.° la Gratuità, 3.° Un affare lecito ed onesto, certo, possibile ad eseguire, tale che possa reputarsi che il Mandante lo faccia da se stesso per mezzo del Mandatario, e che non sia nel solo interesse del Mandatario.

1.° *Il Consenso*. Il Mandato come Contratto Consensuale col semplice consenso si perfeziona, senza bisogno di formalità; può essere concluso a voce, o per iscritto, fra presenti, o fra assenti. Il Mandato addimandando il solo Consenso per esistere, può essere così tacito come espresso (*fr. 50 Dig. de reg. juris L, 17 - fr. 6 §. 2, fr. 18, fr. 53 Dig. h. t. XVII, 1 - cost. 6 Cod. eod. VIII, 35*). Ma se il Mandato è dato tacitamente, e tacitamente accettato, è importante constatarlo bene; generalmente non si presume, nè si estende da caso a caso (*fr. 84 Dig. de solut. et. liberat. XLVI, 3 - fr. 1 §. 12 Dig. de exercit. act. XIV. 1*). Per eccezione vi sono persone che hanno un Mandato *presunto* da altre. Tali sono i parenti o gli affini fra loro; p. e. il marito si presume abbia Mandato dalla Moglie a trattare gli affari di lei. Ma in questi casi le leggi esigono la cauzione *ratam rem haberi* (*fr. 35 pr. 40 §. ult. Dig. h. t. XVII, 1*).

2,° *La Gratuità*. Ancorquando il Mandato fu riconosciuto quale istituzione giuridica, conservò la sua pristina fisonomia di affare derivante *ex officio atque amicitia*; un salario od una mercede qualunque, promessi al Mandatario come corrispettivo di quello che sarà per eseguire a favore del Mandante, fanno degenerare l' affare in una locazione e conduzione di opere: *interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit* (*fr.* 1 §. 4 *Dig. h. t. XVII, Istit.* §. 13 *h. t. III, 26*). Fu per altro reputata compatibile col Mandato la promessa di un onorario (*honorarium*), come remunerazione (*fr.* 6 *Dig. h. t. XVII*, 1) per fatti non mercenarj; e specialmente per quelli del *Procurator* in un processo; ma quell' onorario non potè essere ripetuto con l' azione del Mandato, sibbene con una *condictio extraordinaria* (*cost* 1 *Cod. h. t. IV*, 35).

3°. Il Mandato deve avere per objetto un *affare da eseguirsi, negotium gerendum*, non già eseguito, *non gestum*. Se dopo che Cajo ha prestato 100 scudi a Tizio, Sempronio lo incarica di fare a Tizio quell' imprestito, che ha già fatto a sua insaputa, non havvi Mandato (*fr.* 12 §. 14 *Dig. h. t. XVII*, 1). L' affare, objetto del Mandato, deve essere *lecito ed onesto*: *rei turpis, nullum mandatum est* (*fr.* 6 §. 3, *fr.* 12 §. 11 *Dig. eod XVII*, 1) - Deve essere un affare *certo*, perocchè nel Mandato, come in tutti gli altri Contratti, l' incertezza assoluta dell' objetto, osta alla sua validità. - Inoltre, deve essere un affare che il Mandante creda ragionevolmente di *possibile* esecuzione pel Mandatario, altrimenti come *Mandatum nugatorium* o *derisorium*, non avrebbe efficacia di sorta. - L' affare deve essere eziandìo di tal natura, da potersi reputare che il Mandante lo faccia egli stesso per mezzo del Mandatario, giusta il principio *qui mandat ipse fecisse videtur*. Laonde se a Cajo, Tizio commette di andare da Sempronio, suo Cassiere, e di prendere a mutuo per lui, Tizio, del danaro che a Tizio stesso appartiene: questo non sarebbe un Mandato, niuno potendo ricevere a mutuo i proprj danari (*fr.* 10 §. 4 *Dig. h. t. XVII*, 1). - Finalmente, l' affare non deve concernere il solo interesse del Mandatario, altrimenti sarebbe un Consiglio, non un Mandato: *quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacaneum est mandatum, et ob id nul-*

la *obligatio nascitur* (*fr. 2 pr. Dig. h. t. fr. 2 §. 6 Dig. eod. - Istit. § 6 h. t.*) ; ed il Consiglio non obbliga chi lo riceve nè chi lo da, ammenochè non resultasse dalle circostanze, che fu dato dal Consigliatore nel proprio interesse, o che costui intese farsi mallevadore (*Istit. §. 6 h. t. fr. 6 §. 4 e 5 fr. 28 §. 2 Dig. h. t.- fr. 6 Dig. ad S. C. Vellei XVI, 1*). Appena occorre avvertire, che dando dolosamente un consiglio nocivo, si diviene responsabili delle conseguenze del medesimo (*fr. 47 pr. Dig. de reg. juris L, 17 - fr. 8 Dig. de dolo malo IV, 3*).

§. 379. Il Mandato subisce diverse distinzioni, che si desumono 1.° dalla sua forma, 2.° dalla qualità degli affari 3.° dalla sua estensione 4.° dal suo scopo.

1.° *Forma*. Per questo riguardo distinguesi in *Espresso* e *Tacito* (Vedi il §. antecedente n° 1 principio). La Ratifica data ad un affare che altri ha fatto per noi, spontaneo ed a nostra insaputa, equiparasi al Mandato: *ratihabitio pro mandato habetur - fr. 50 Dig. h. t. XVII, 1 - fr. 60 Dig. de reg. juris L, 17 - cost. 5 Cod. de rei vindicat. III, 32 - cost. 3 Cod. de contrah. stip. VIII, 38 - fr. 9 Dig. de negot. gestis III, 5*). Il Mandato può essere puro e *condizionale*, a *tempo*, od in perpetuo (*fr. 3 e 4 Dig. de Procurat. III, 3 - fr. 1 3 Dig. h. t. XVIII, 1 - Istit. §. 12 h. t. III, 26*).

2.° *Qualità degli affari commessi*. Sotto questo punto di vista, distinguesi il Mandato in *Giudiciale* e *Stragiudiciale*, e ciò in doppio senso, cioè secondo che vengono commessi affari giudiciali o stragiudiciali, e secondo che il Mandato viene conferito in giudizio o fuori (*fr. 33 pr. §. 1 - fr. 43 pr. Dig. de procurat. III, 3*).

3.° *Estensione degli affari commessi*. Relativamente a tale estensione, il Mandato si distingue: in *speciale*, *generale*, e *universale*. È *Speciale*, *Mandatum speciale, s. unius rei*, se ha per oggetto un singolo affare (*fr. 1 §. 1 Dig. de Procurat. III, 3 - fr. 17 §. 3 Dig. jurejur XXII, 2 - fr. 12 pr. Dig. de Solut. XLVI, 3*) ; è *Generale*, *Mandatum generale*, se ha per objetto una intiera specie di affari (*fr. 60 Dig. de Procurat. III, 3*) : è *Universale*, se si riferisce a tutti gli affari del Mandante (*fr. 6 §. 6 Dig. h. t. XVII, 1 - fr. 12 Dig. de Pactis II, 4 -*

fr. 1, *fr. 60 Dig. de procurat. III*, 3 - *fr.* 17 §. 3 *Dig de jureur. XII*, 2 - *fr.* 12 *pr. Dig. de solut. XLVI*, 3 *fr.* 65 §. 7 *Dig. pro Socio XVII.* 2). Il Mandatario si chiama in tal caso, *Procurator omnium bonorum.*

4.º *Scopo.* Rispetto alla persona a vantaggio della quale il Mandato ridonda, comunemente si distingue: in Mandato *Semplice*, e Mandato *Misto.* Due specie di Mandato, assolutamente distinte, sono il *Mandatum qualificatum* ed il *Mandatum in rem suam.*

Mandato Semplice.

§. 380. È quello fatto in grazia ed utilità del solo Mandante, e dicesi *semplice* perchè è questo il suo aspetto più liscio, la sua configurazione naturale, e primitiva. Di esso occorrono esempj nelle Istituzioni Imperiali al §. 1 del Titolo del Mandato (*III*, 26). Tale sarebbe il Mandato, con cui si commettesse a taluno, di amministrarci i nostri affari, o di comprarci un fondo (*fr.* 2 §. 1 *Dig. Mandati*).

Mandato Misto.

§. 381. È quello che ridonda a vantaggio :

a) o del Mandante, e insieme del Mandatario

b) o del Mandante, e insieme di terza Persona

c) o del Mandante, del Mandatario, e di terza persona insieme.

a) Il Mandato ridonda a vantaggio del Mandante ed insieme del Mandatario, per esempio se il Mandante commette al Mandatario di dare del danaro ad imprestito fruttifero a qualcheduno, che lo prende per impiegarlo a vantaggio del Mandante. (*Istit.* §. 2 *h. t. III*, 26 - *fr.* 2 §. 4 *Dig. Mandati XVII*, 1).

b) Il Mandato ridonda in utilità del Mandante e insieme di terza persona, se il Mandante p. e. incarica taluno di amministrare degli affari, che ha a comune con una terza persona (*Istit.* §. 4 *h. t. III*, 26 - *fr.* 2 §. 5 *h. t. XVII*, 1).

c) Il Mandato ridonda in utilità del Mandante del Mandatario e di terza persona insieme, se verbigrazia, un Contutore commette all' altro di comprare un servo per uno scopo necessario, come per coltivare il fondo del pupillo (*fr.* 8 §. 4 *Dig. h. t. XVII*, 1). La terza persona, ossia il Pupillo, ne risente indu-

bitabilmente vantaggio nell' ipotesi, che i suoi fondi abbiano bisogno di cultura, e manchino braccia all' uopo; e vantaggio risentono pure i Contutori, mandante l' uno, mandatario l' altro; poichè se l' uno non avesse dato quella commissione, e l'altro non l' avesse eseguita, nel rendimento di conti avrebbero dovuto indennizzare il Pupillo, di cui non avrebbero abbastanza curato gli interessi, lasciando incolto il suo fondo.

Mandatum qualificatum

§. 382. Così chiamasi il Mandato, che refluisce a vantaggio ed utilità di una persona diversa dal Mandante, cioè di un Terzo, o del Mandatario e di un Terzo insieme. Cajo p. e, incarica Sempronio di amministrare gli affari di Tizio, o di comprare un fondo a Tizio, o di imprestare a Tizio del danaro (*Istit.* §. 3 *h. t. III*, 26 - *fr.* 2 §. 2 *Dig. Mandati XVII*, 1). In questi esempj, vantaggio dal Mandato risente il Terzo soltanto, non già il Mandante. Ove poi Cajo avesse incaricato Sempronio di collocare del danaro, che questi tiene imperoso, ad imprestito fruttifero con Tizio, il Mandato risulterebbe vantaggioso al Mandatario (Sempronio) ed al terzo (Tizio). E se il Mandante (Cajo) avesse incaricato il Mandatario d' imprestare quel danaro al terzo (Tizio) senza esigere interesse od usure: il Mandato resulterebbe vantaggioso al terzo soltanto (*Istit.* §. 5 *h. t. III*, 26 - *fr.* 2 §. 5 *Dig. eod. XVII*, 1). In ambedue questi casi, il Mandante non avendo un interesse proprio all' esecuzione del Mandato, non può esigerne l' adempimento come non potrebbe esigerlo il terzo: perchè verso di lui non si è obbligato il Mandatario. Ma se il Mandatario eseguisse volontariamente il Mandato, egli avrebbe azione contro il Mandante per ottenere rimborso delle spese cagionategli, e risarcimento dei danni risentiti dall' esecuzione del Mandato. Oggi questa specie di Mandato dicesi *Mandatum qualificatum*, ed il Mandante nelle nostre Fonti è in queste circostanze chiamato non già col nome ordinario di *Mandans*, bensì con quello straordinario di *Mandator* (*fr.* 12 §. 14 §. 15, *fr.* 32, *fr.* 28 *Dig. h. t. XVII*, 1 - *fr.* 13, *fr.* 41 §. 1 *Dig.*

de fidejuss. XLVI, 1), sebbene talvolta *Mandator*, impropriamente sia detto qualunque Mandante (*fr. 22 §. 11 Dig. h. t. XVII, 1*). Vedremo in seguito, come il *Mandatum qualificatum* sia una forma di Mallevadorìa, per un debito altrui.

Mandatum in rem suam.

§. 383. Si dice esistere *Mandatum in rem suam*, quando taluno assume a trattare un affare, che in realtà è di un altro, ma in guisa da ritrarne per se il vantaggio. Chi assume simile incarico, dicesi ***Procurator in rem suam***, o ***Cessionarius*** (*fr. 34 §. 5 fr. 35 Dig. de Procurat. III, 5*). A mo' di esempio, chi ha ricevuto la cessione delle ragioni di un altro, con la facoltà di appropriarsi ciò che ricaverà dall' esperimento delle medesime, è ***un procurator in rem suam*** (*fr. 3 §. 5 Dig. quod jussu XV, 3 - fr. 8 §. 5 Dig. h. t. XVII, 1 - fr. 76 Dig. de stipul. serv. XLVI, 3 - fr 2 Dig. depositi vel contra XVI, 3 fr. 31 Dig. de act emti et vend XIX, 1. - fr. 7 Dig. de obligat. et act. XLIV, 7 - cost. 6 Cod. de obligat. et act. IV, 10*). Quegli cui è assegnato un credito perchè lo riscuota, e ritenga per se il riscosso, è un Mandatario *in rem suam*, che ha il nome speciale di *adsignatarius* (*Istit. §. 1 - 6 h. t. III, 26 - fr 34 pr. Dig. h. t. XVII, 1*). Il Mandatario *in rem suam*, sebbene tratti l' affare di un altro, siccome lo tratta in ultima analisi a proprio vantaggio, è veramente più presto che un Mandatario, un Cessionario.

§. 384. Vuolsi distinguere bene il Mandato: 1.° dal Consiglio, 2° dalla Raccomandazione, 3° dal Comando 4.° dalla Gestione degli affari altrui.

1.° *Dal Consiglio*. Chi non commette, ma insinua ad altri di fare una data operazione, un certo affare, non dà un Mandato, bensì un Consiglio. Nel Mandato, il Mandante ha un interesse, non già nel Consiglio. Da questo non nasce di regola obbligazione, perchè ognuno cui è dato, è libero di valutare la opportunità di seguirlo o di rifiutarlo (*Istit. §. 6 in f. h. t. III, 26*).

2.° *Dalla Raccomandazione*. Attestando ad un amico, delle buone qualità di una persona raccomandata, ed anche del suo prosperoso stato economico, non si commette all' amico di con-

cludere degli affari con la persona che si raccomanda, laonde chi fa la raccomandazione non si obbliga (*fr.* 12 §. 12 *Dig. h. t. XVII*, 1). La Raccomandazione obbligherebbe, se prendesse il carattere di *Credenziale* per una somma determinata, perocchè allora assumerebbe l' indole di Mandato.

3:º *Dal Comando.* Chi impone al figlio, al servo, o più generalmente a persona sulla quale ha autorità, di eseguire un qualche fatto, non dà un Mandato, sibbene un Comando; giacchè si vale dell' autorità, che ha il superiore sull' inferiore o sul sottoposto: mentre il Mandante non ha ascendente sul Mandatario, che è un suo uguale, e non adopera ascendente. Fra Comandatore e Comandato non nasce vincolo obbligatorio, nasce bensì fra il Comandatore ed il terzo; lo vedremo in seguito

4.º *Dalla gestione degli affari altrui.* Chi imprende a trattare ultroneamente gli affari di un altro, ignorandolo quest' ultimo, non è Mandatario, è *Negotiorum Gestor.* Differisce tal Gestione, così dal Mandato tacito, come dall' espresso. Dal Mandato Tacito, perchè in questo il proprietario degli affari, che altri ha spontaneamente impreso a trattare, lo sa, e lascia fare. Esiste dunque un suo tacito assenso all' operato del Gestore. Differisce dal Mandato Espresso, perchè in questo, chi tratta gli affari di un altro, lo fa dietro commissione, e così coll' assenso espresso del proprietario. Nella Gestione degli affari altrui, manca tanto il consenso tacito quanto l' espresso del proprietario di quelli affari, avvegnachè ripetesi, egli perfino ignori, che altri spontaneo siasi sobbarcato alla trattazione dei medesimi. Ma di ciò più diffusamente, quando tratteremo della *Negotiorum gestio.*

§. 385. Gli *Effetti* del Mandato voglionsi considerare:

1º) Fra Mandante, e Mandatario.

2º) Fra Mandante, Mandatario, ed i Terzi.

1º) *Fra Mandante e Mandatario*

§. 386. Il Mandato è: un Contratto bilaterale o sinallagmatico imperfetto: *direttamente* infatti deriva dal medesimo una sola obbligazione, quella del Mandatario di eseguire la ricevuta commissione, obbligazione di cui il Mandante ottiene l' adempimento mediante l' *actio Mandati directa;* ma frequentemente,

anzi d' ordinario, l' esecuzione del Mandato fa sorgere l' obbligazione nel Mandante di rimborsare il Mandatario delle spese, cui avesse dovuto sobbarcarsi per eseguire il Mandato, e di rilevarlo dalle obbligazioni, che per lo stesso scopo avesse dovuto contrarre. Laonde è comune in pratica il caso, che il Mandatario debba sperimentare *l' actio mandati contraria*, per ottenere dal Mandante quel rimborso, o quella rilevazione. É prezzo dell' opera farsi a dichiarare partitamente, quali sieno gli obblighi speciali, che in conseguenza del Mandato, incombono necessariamente al Mandatario, eventualmente al Mandante.

a) Obblighi del Mandatario

§. 387. 1° É libero al Mandatario non accettare il Mandato: accettatolo deve eseguirlo, e se non l' eseguisce incorre in responsabilità (*fr. 22. §. 11. Dig. h. t. XVII, 1- fr. 27. §. 2. Dig. eod.- Istit. §. 11, h. t. III, 27*). Di regola non è obbligato ad eseguire personalmente il Mandato; può surrogare a se altra persona, che l' eseguisca per lui (*fr. 8. §. 3. Dig. h. t. XVII, 1*), a meno che non emerga dalle circostanze, che il Mandante ha scelto lui come Mandatario, per la fiducia riposta in certe capacità eccezionali, che gli sono proprie, e che in altro individuo non occorrono di leggeri (*fr. 2. §. 1. Dig. si mensor falsum modum dixerit. XI, 6. - fr. 21. §. 3 Dig. de negot. gestis III, 5*). Sebbene il Mandatario sostituisca a se nell' esecuzione del Mandato altra persona, egli rimane pur sempre personalmente responsabile verso il Mandante, e fra il sostituito ed il Mandante, non si stabilisce nessuna relazione obbligatoria (*fr. 21. §. 3, fr. 28. Dig. de negot. gest. III, 5. - fr. 8. §. 3. Dig. h. t. XVII, 1*).

2° Il Mandatario, nell' esecuzione del Mandato, ha da rispettare i limiti della commissione ricevuta: ove li oltrepassi, non obbliga il Mandante: bensì obbliga se verso di lui per le conseguenze della sua arbitraria gestione (*fr. 5. pr. §. 1. e 2. - fr. 41. 45. 46. §. 4. fr. 62. §. 1. Dig. h. t. XVII, 1, - Istit. §. 8. h. t. III, 27*). Qualora non abbia ricevuto una speciale commissione di alienare, le alienazioni non gli sono lecite: perocchè il Mandatario abbia per regola facoltà di compiere atti amministrativi, e le alienazioni non entrino in questa categorìa di atti. Tuttavolta

come Atti amministrativi, e non come alienazioni, hanno da considerarsi le vendite dei frutti e delle cose, che col serbare si guastano (*fr. 63. Dig. de Procurat. III, 3*).- Comunemente si insegna, ed in Pratica si ritiene, che il ***Procurator omnium bonorum*** abbia, per riguardo alle alienazioni, facoltà differenti, secondo che fu costituito con la clausula *cum libera administratione*, o senza quella clausula. - Dicesi, che quando cotal Procuratore è costituito con siffatta clausula, abbia facoltà di alienare: » Procurator cui generaliter *libera administratio* rerum » commissa est, potest exigere, aliud pro alio permutare (*fr. 58. Dig. de Procurat. III, 3 - confr. fr. 59. Dig. eod - fr. 9. §. 4. Dig. de acquir. rer dom. XLI, 1. - Istit. 1 - §. 43. de rer. divis. II, 1*), quando manchi tal clausula, alienare non possa (*fr. 63. Dig. de procurat. III*, 3). Ma non vuolsi dissimulare, che alcuni colti scrittori di Diritto Romano (p. e. il Duareno, il Donello, il Vinnio ec.) rifiutano cotal distinzione, ritenendo (e secondo l' opinione nostra con ragione) che nelle fonti la locuzione: *libera administratio*, non abbia un significato tecnico, e che al *procurator omnium bonorum*, mentre non sia lecito per regola alienare ad arbitrio (*fr. 63. Dig. de Procurat. III, 3*), ciò gli sia permesso quando lo richieda il bisogno della sua amministrazione: specialmente quando si tratti dell' amministrazione di una taberna, di un traffico, che senza alienazioni e permute giornaliere, non possono sussistere (*fr. 9. §. 3 e 4 Dig. de acq. rer. dom. XLI, 1 - fr. 58. Dig. de procurat. III, 3*). Del resto, in Diritto Romano molto estese sono in generale le facoltà del *Procurator omnium bonorum*, perocchè possa intentare azioni pel suo Mandante, e opporsi a quelle intentate contro il medesimo, transigere, novare, riscuotere, e pagare (*fr. 12. Dig. de pactis. II, 4 - fr. 17. §. 16. Dig. de injuriis XLVII, 10 - fr. 20. Dig. de novat. et delegat. XLVI, 2 - fr. 11. Dig. de Pactis II, 14*). - Abbiamo detto, che il Mandatario deve eseguire la commissione ricevuta rispettandone i limiti, ma con questo non abbiano inteso di dire, che il Mandatario debba servilmente stare alla lettera del Mandato senza curarne lo spirito; anzi egli più che alle parole, deve obbedire alla intenzione del Mandante (*fr. 46. Dig. h. t, XVII, 1*), e gli è lecito, quando l'objetto

del Mandato non sia assolutamente certo e determinato ancora nei suoi mezzi di esecuzione, scegliere fra questi, quelli che (senza pregiudizio del Mandante) gli sembrano più opportuni (*fr. 46, fr. 62, §. 1 Dig. h. t. XVII, 1*).

3° Il Mandatario deve render conto della sua gestione (*fr. 46. §, 4. Dig h. t.*), e consegnare al Mandante tutto ciò che ha ricevuto per conto di lui, nell' esecuzione del Mandato (*fr. 10. §. 2, 3, 8, 9. fr. 20. pr. Dig h. t. XVII, 1*). - Paga le usure sui denari, che ha riscosso pel Mandante, non solamente se è in Mora di restituirli, o se li ha erogati a proprio vantaggio, o li ha accomodati a imprestito fruttifero (*fr. 10 §. 2 Dig h. t. XVII, 1*), ma eziandìo se per trascuranza li ha lasciati inoperosi, mentre il Mandante aveva il costume di tenerli impiegati a frutto (*fr. 10 § 3. fr. 13 §. 1. Dig h. t. XVII, 1*).

4.° Il Mandatario è responsabile, non soltanto del Dolo, quant' ancora della Colpa leve (*fr. 23 Dig. de reg. juris L, 17 - cost. 11, 13, 21, Cod. h t. IV, 35 - fr. 8 §. 1, 8, 9, 10, fr. 10 pr. §. 1, 12 fr. 29, 31, 41, 42, 44 Dig. eod. XVII, 1*). È vero, che egli non ritrae ordinariamente nessun vantaggio dal contratto, tuttavoltà siccome poteva ricusarsi ad assumere l'incarico affidatogli, la legge vuole che egli giustifichi la fiducia che ha avuta nelle proprie forze, esigendo da lui che adoperi la diligenza, propria in astratto, d'un padre di famiglia diligente.

5.° Incorre nell' infamia, qualora si faccia reo di dolosa o di gravemente colposa amministrazione (*fr. 1, fr. 6 §. 6 Dig. de his qui not. infam III, 2 - cost. 21 Cod. h. t. IV, 35*).

§. 388. *b) Obblighi del Mandante*. Il Mandante, può incorrere in questi obblighi:

1.° Di rimborsare le spese, che il Mandatario avesse fatto (*fr. 12 §. 9 fr. 56 §. 4 Dig. h. t. - fr. 10 § 9, 10 Dig. eod*). per la esecuzione leale del Mandato, ancorquando non avesse potuto, ma per circostanze a lui non imputabili, conseguire il resultamento contemplato dal Mandante (*fr. 56 §. 4 Dig. h. t. XVII, 1 - cost. 4 Cod. eod. IV, 35*); nè può il Mandante ricusarsi a rimborsare per intiero quelle spese, col pretesto che da se egli avrebbe potuto condurre a termine l' affare a miglior mercato: quando d' altronde, il Mandatario non è rimproverabile

per omissione di diligenza (*fr. 27 §. 4 fr. 56 §. 4 Dig. h. t. XVII, 1 - cost. 4 Cod. eod. IV, 35*).

2.° Di pagare al Mandatario i frutti del danaro, che avesse sborsato, o che avesse dovuto prendere ad imprestito fruttifero, per adempire alla ricevuta commissione (*fr 12 §. 9 Dig. h. t. XVII, 1*).

3.° Di risarcire il Mandatario dei danni, che avesse risentito nell' esecuzione del Mandato, quando essi sieno una *conseguenza necessaria* del Mandato stesso (*fr. 26 §. 6, fr. 52 §. 4 Dig. h. t. XVII, 1 - fr. 61 §. 5 Dig. de furtis XLVII, 2 - argom. fr. 52 §. 4 Dig. pro Socio XVII, 2*), ma non quando quei danni si verificarono soltanto per occasione del Mandato (*fr. 26 §. 7 Dig. h. t. XVII, 1*).

4.° Di liberare il Mandatario da tutti gli obblighi, nei quali può essere incorso, per la esecuzione del Mandato (*fr. 45 pr. §. 1 - 5 Dig. h. t. XVII, 1*).

5.° Il Mandante ritraendo vantaggio dal Contratto, è responsabile ancora della Colpa leve (*fr. 61 §. 5 Dig. de furtis XLVII, 2*). A cagione di dolo incorre nella infamia (*fr. 6 §. 5 Dig. de his qui not. inf. III, 2*), sebbene per regola vi incorra, solamente chi è condannato con *azione contraria* (*fr. 6 §. 6 Dig. eod II, 3*); ma pel Mandante si fa eccezione alla regola.

§. 389. È tempo ora di esaminare gli effetti del Mandato

2) *Fra Mandante, Mandatario, ed i Terzi.*

In Gius Nuovo, Mandante e Mandatario sono considerati quasi come una sola persona, relativamente alle obbligazioni contratte dal Mandatario coi terzi. Laonde il Mandante ha un azione *utile* contro il terzo, col quale il Mandatario ha contrattato, e viceversa il terzo ha una azione utile contro di lui Mandante (*fr. 13 §. 25 Dig. de act. emti et vend. XIX, 1 - fr. 31 pr. Dig. de negot. gest. III, 5 - fr. 19 Dig. de instit. act. XIV, 3 - fr. 10 §. 5 Dig. h. t. XVII, 1 - cost. 5 Cod de instit. act. IV, 25*). Il terzo, finchè dura il Mandato, può agire contro il Mandatario, che possiede dei beni del Mandante, ma non può farlo, estinto il Mandato. A Mandato estinto può agire contro il

Mandatario, solamente qualora il Mandatario avesse oltrepassato i limiti del Mandato.

§. 390. Il Mandato si *estingue*, oltre che pel compimento dell' affare commesso, ancora:

1.° Per concorde volontà delle parti; alla pari di tutti gli altri contratti Consensuali, col consenso si conclude, e col consenso si scioglie (*Istit.* §. *ult. quib. mod. toll. oblig. III*, 29).

2.° Per revoca del Mandante, purchè sia fatta a cosa *integra* (*Istit.* §. 9 *h. t. III*, 29 - *fr.* 12 §. 16 *Dig. h. t. XVII*, 1 - *Gajo III*, 159); avvegnachè se l' affare fu già cominciato, il Mandante potrà revocare il Mandato, ma dovrà rimborsare il Mandatario delle spese, che avesse fatto per l' esecuzione: dovrà rilevarlo dalle obbligazioni contratte, e risarcirlo dei danni, che potesse avere risentito. Tutto quello che il Mandatario facesse, dopo la revoca, non avrebbe effetto fra esso ed il Mandatario (*fr.* 25 §. 14 *Dig. de acq. vel. amitt. hered. XXIX*, 2 - *fr.* 4 *in f. Dig. de manum. vind. XL*. 2). L' equità esige, che il Mandatario non risenta nocumento per quello che ha fatto dopo la revoca del Mandato, ma prima di venirne in cognizione; ed esige del pari che i terzi, i quali hanno eseguito dei pagamenti nelle mani del Mandatario, posteriormente a quella revoca, ma ignorandola, non rimangano pregiudicati (*fr.* 15 *Dig. h. t. XVII*, 1 - *fr.* 12 §. 2 *e fr.* 34 §. 3 *Dig de solut. et liberat. XLVI*, 3). Le leggi in questi casi assistono il Mandatario ed i terzi di buona fede, tenendo fermi atti che di per se sarebbero nulli; e ciò fanno per salvare costoro dal subire una perdita (*de damno vitando*); ma se si trattasse invece, di fare un lucro (*de lucro captando*) cesserebbe quell' assistenza legislativa (*fr.* 25 §. 14 *Dig. de acq. vel amitt. hered. XXIX*, 2 - *fr.* 4 *in f. Dig. de manum. vind. XL*, 2). La Revoca del Mandato può essere tanto *Tacita*, quanto *Espressa*. È *Tacita* quando il Mandante eseguisce da se l' affare commesso al Mandatario (*cost.* 3 *Cod. h. t. IV*, 35), o rende in altra maniera impossibile l' esecuzione del Mandato: p. e. dopo avere incaricato Cajo di pagare a Tizio, revoca a Tizio il mandato da riscuotere da Cajo (*fr.* 38 §. 1 *Dig. h. t.*). Revoca Tacita di Mandato, resulta eziandio dalla costituzione di un altro Mandatario, per un affare già affi-

dato ad un Mandatario primo, affare che non ammette due Mandatarj (*fr. 31 §. 2 Dig. de Procurat. III, 2*).

3° *Per Rinunzia del Mandatario.* Come il Mandante può revocare il Mandato, così il Mandatario può rinunziarlo, quando la cosa sia *integra*. Ma se la Rinunzia fosse intempestiva, cioè fatta dopo avere cominciato ad eseguire la commissione (*re non integra*), e prima di averla condotta a termine: e non militassero a favore del Mandatario giuste ragioni per rinunziare (come malattia grave, assenza per affari dello Stato ec.), è tenuto per i danni che a cagione di quella rinunzia il Mandante potesse soffrire (*Istit. §.11. h. t III, 26 - fr. 22. §. 11. fr. 23 - 25. fr. 27. §. 2. Dig. eod. XVII, 1*).

4° Per *Morte del Mandante.* Il Mandatario per quella non ha più il diritto, nè il dovere giuridico di eseguire il Mandato. Non il diritto, perchè estinta la persona che diedegli commissione, la commissione stessa sparisce (*fr. 12. §. 16. Dig. h. t. XVII, 1*); non il dovere, perchè si era obbligato verso la persona del Mandante, e non verso i suoi eredi, pei quali può mancare di quell'amicizia, che lo consigliò ad accettare l' incarico affidatogli dal loro autore. - Laonde, il Mandatario incaricato di rimettere a taluno una somma a titolo di Donazione o di Mutuo, non trasferisce la proprietà della medesima, se la consegna dopo la morte del Mandante: perocchè nel momento della Tradizione, mancò la volontà della persona, che poteva dare a quella consegna efficacia traslativa di dominio (*fr. 2. §. 6. Dig. de Donationibus XXXIX, 5 - fr. 41. Dig. de reb. credit. XII, 1*). Se non che anche quì l' equità esige, che il Mandatario ed i terzi di buona fede, non abbiano a risentire danno dagli atti eseguiti, ignorando la morte del Mandante. Egli è per ciò, che al Mandatario è conceduta (sebbene *utiliter*) l' *actio mandati contraria* onde essere esonerato dai danni, che risentirebbe per avere eseguito il Mandato dopo la morte del Mandante (*fr. 26. Dig. h. t. XVII, 1*). Vuole giustizia, che egli non provi pregiudizio per un fatto a lui non imputabile (*Istit. §. 10. h. t. III, 26 - fr. 19. §. in f. Dig. de donat. XXXIX, 5*). - Per lo stesso motivo, i terzi che hanno pagato al Mandatario, ignorando la morte del Mandante, *æquitatis causa* sono liberati (*fr. 26. Dig. h. t. - fr. 19. §. 3 Dig. de*

Donat. XXXI 5 - Istit. h. t. III, 26). - L' esecuzione del Mandato, fatta dal Mandatario dopo la morte del Mandante, ma nell' ignoranza di essa, o con l' acquiescenza anche tacita degli eredi, è valida se consiste nell' adempimento di una obbligazione già contratta dal Mandante (*fr. 33 Dig. de acq. poss. XLI, 2.* - Appena occorre avvertire, essere lecito ai contraenti convenire, che i poteri del Mandatario non cesseranno per la morte del Mandante; anzi cotal convenzione sarebbe sottintesa quando l' affare objetto del Mandato fosse di tale indole, da non potere essere eseguito che dopo la morte del Mandante (*fr. 12 §. 17 fr. 13, fr. 27. Dig. Mandati XVII, 1*).

5º *Per morte del Mandatario.* Il Mandato essendo fondato sopra la fiducia in una determinata persona, il Mandante può non riporla negli eredi del defunto, ai quali per avventura manchino quelle attitudini speciali, che la esecuzione di alcuni affari addimanda - Viceversa, gli eredi del Mandatario possono non volere favorire di loro servigj il Mandante, verso il quale non fossero stretti da quei vincoli di amicizia, che univano a lui il loro autore. Per questi motivi, gli eredi del Mandatario non hanno il diritto, nè il dovere giuridico di eseguire il Mandato, lasciato incompiuto dal loro autore: quello che essi facessero per compierlo, ignorando la morte del loro autore, non obbligherebbe il Mandante (*fr. 27. §. 3. fr. 57. Dig. h. t. XVII, I.*), neppure *æquitatis causa*: perocchè in essi quell' ignoranza non è scusabile. - Comunque il Mandato cessi con la morte del Mandante o del Mandatario, i Diritti già acquistati per ragione del medesimo, da ognuno di essi contro l' altro, passano nei respettivi loro eredi (*fr. 14, §. 1. Dig. h. t. XVII, 1 - fr. 59. pr. §. 1 Dig. eod - cost. 8, e 6, Cod. eod. IV, 35*). Gli effetti della morte naturale del Mandante o del Mandatario, per riguardo al Mandato, sono da parificarsi agli effetti della morte civile (*capitis diminutio maxima o media*); lo stesso dicasi della liberazione della Servitù, ove si tratti di un Mandato dato o ricevuto da un Servo (*fr. 41 Dig. de rebus cred. XII, 1 - fr 7 § 2. Dig. pro emtore XLI, 4*); per lo contrario la *minima capitis diminutio* non ha in questo, conseguenza alcuna (*fr. 12 §. 6 fr. 61. Dig. h. t. XVII, 1*).

§. 391. Una specie irregolare ed anomala di Mandato, è quella:

a) dei Sensali, *Proxenetæ*, specialmente quando essi non agiscano spontanei, ma dietro commissione, (*Vedi Dig. de Proxeneticis 4*, *14*). Peraltro ricevendo essi *Mercede*, piuttosto alla Locazione e Conduzione di opere, che al Mandato si avvicina il contratto, che essi pongono in essere con la persona per la quale trattano. I Mezzani, o Sensali, ricevono una mercede (*proxeneticum*), diversa a seconda dell'indole degli affari che concludono, e per le odierne Leggi regolata da Tariffe speciali, che variano ancora a seconda dei luoghi.

b) Altra maniera singolare di Mandato, è quello dato ai Procuratori *in litem*, i quali assumono la difesa di una causa, rappresentandovi la persona dei litiganti. Gli Avvocati non rappresentano la persona dei loro Clienti, ne patrocinano gl' interessi. Al patrocinatore della lite è vietato, come altrove fu detto, il patto quotalizio; quel patto per Diritto Romano è nullo, (*fr. 53. Dig. de Pactis II, 14 - fr. 1. § 12. Dig. de extraord. cognit. L, 12*). In Toscana è eziandìo un delitto. Il Mandato che ricevono i Causidici non è incompatibile con un *Onorario;* essi possono anzi reclamarlo, con una *extraordinaria condictio* (*fr. 1 §. 10 e 13. Dig. de extraord. cognit. L, 13*). Il causidico assumendo l'incarico di Procuratore o di Avvocato, si obbliga ad usare tutta la diligenza, ed è responsabile della negligenza e dell'imperizia (*Cost. 13, Cod. de jud. III, 1 - fr 17 e 27. Dig. de Procurat. III, 3*). Deve sostenere non solamente l'azione che promuove, ma eziandio difendere nella riconvenzione, e non tanto ricorrere alle prove ordinarie, quanto ancora ove abbisogni, alle straordinarie: p. e. al giuramento. In Diritto Romano, il Mandato al causidico non poteva essere revocato, prima della fine del Processo. Nella Sentenza era il *Procurator*, che veniva nominato, e non la parte che esso rappresentava; ma il Procuratore con una eccezione respingeva l' avversario vittorioso, e lo rinviava al committente, perchè contro di lui sperimentasse *l' actio judicati* (*cost. 1. Cod. de Procurat. II, 13 - fr. 4 §. 5, Dig. guando appell. sit. XLIX, 1 - fr. 27. §. 1, e fr. 61 Dig. de Procurat. III, 3.*)

c) Conoscevano i Romani ancora un Mandato a stimare, e misurare un fondo, mandato che si dava agli *Agrimensores*. Se costoro, per Dolo o per Colpa, avessero riferito una misura diversa dalla vera, dovevano rigorosamente indennizzare i loro Mandanti, o chiunque dal fatto loro, fosse stato leso. A prestare questa indennità, erano astretti con un *actio in factum(fr. 1, fr. 3 §. 1, 5 Dig. si mensor. fals. mod. disc. XI, 6)*, azione che sebbene Pretoria, poteva sperimentarsi durante 30 anni (*fr. 4 Dig h. t. XI, 6)*.

β) Dei Patti

Dig. Lib II, Tit. 14 de Pactis - Cod. Lib. II. Tit. 3 de Pactis.

392. Non ha guari furono da noi distinti i *Contratti* dai *Patti*, e fu dichiarato come i Patti si distinguano: in *Patti non Nudi* e *Patti Nudi;* e quei primi si suddistinguano in Patti *Adjetti, Legittimi, e. Pretorj.* (Vedi sopra §. 2?8 lett. (d) pag. 65*)*. Di queste tre categorie di Patti, è giunto il momento di dovere trattare.

I. *Patti Adjetti* (*Pacta Adjecta*)

§. 393. I Patti Adjetti essendo parte integrante dei Contratti, cui sono aggiunti, e venendo considerati quasi come condizione del consenso reciproco, furono fatti valere con l' azione nascente dal Contratto, al quale accedevano. Laonde, qualora taluno avesse aggiunto uno di questi patti, p. e. al Contratto di Compra e Vendita, l' esecuzione del patto adjetto si otteneva mediante *l' actio emti*, o *l' actio venditi*, secondo che il patto era favorevole al compratore od al venditore (*fr. 7 §. 4, fr. 7 §. 6 Dig. de Pactis II, 14*). Ma affinchè questi Patti producessero azione dovevano:

1° essere adjetti ad un Contratto di buona fede, ed essere

2° stabiliti contemporaneamente al Contratto, dall' unione col quale ripetevano efficacia. - Se aggiunti ad un Contratto di stretto gius, o ad un Contratto di buona fede, ma dopo la sua conclusione, non producevano azione (*fr, 7 §. 5, e 6 Dig. de reb. cred. XII, 1 fr. 62 Dig. de contr. emt. XVIII, 1 - cost.*

13 *Cod. de Pactis II, 14*). É impossibile indicare *a priori* tutte le specie diverse de' Patti Adjetti; avvegnachè possano essere tante, quante sono le modificazioni della umana volontà. Importa per altro, che sieno tali da non alterare le condizioni essenziali del Contratto, cui sono adjetti: e valga il vero non potrebbero ripetere efficacia da un contratto, che essi distruggessero. Fra i Patti adjetti, meritano speciale menzione i seguenti, relativi per la massima parte al Contratto di Compra e Vendita:

a) Il patto di Prelazione, *pactum promitiseos*, col quale il Venditore di una cosa, si riserba il diritto, a *condizioni uguali*, di ricomprarla *a preferenza di chiunque* altro, supposto che il Compratore volesse venderla (*fr. 75 Dig. de contr. emt. XVIII, 1 - fr. 122 §. 3 Dig. de verb. obblig. XLV, 1*). Ove il Compratore, non rispettato questo patto, avesse venduto ad altri la cosa, sarebbe obbligato ad indennizzare la persona cui per cotal guisa mancò di fede, ma essa non avrebbe un azione reale a fine di perseguitare la cosa in mano dei terzi (*fr. 75 Dig. de contr. emt. XVIII, 1 - fr. 21 §. 5 Dig. de act. emti. et vend. XIX, 1*).

b) Il Patto di Retrovendita (*pactum de Retrovendendo*), col quale il Venditore si riserba il Diritto dopo, o durante un certo tempo, di ricomprare la cosa venduta, od al prezzo stesso per cui la vende, o ad un altro prezzo determinato (*fr. 12 Dig. de præscript. verb. XIX, 5 - cost. 2 Cod. de pactis int. emt. et vendit. compos. IV, 54*). Se il Compratore vendesse la cosa a persona diversa da quella con la quale stipulò cotal patto, quest' ultima non potrebbe rivendicarla dalle mani del terzo, ed avrebbe soltanto un azione personale contro il violatore del patto. Chiamano *pactum de retroemendo*, il patto opposto a questo ora descritta, cioè il patto col quale il Compratore si riserba il diritto di obbligare il Venditore, a ricomprare la cosa, dopo o durante un certo tempo, pel medesimo prezzo, o per un prezzo differente, determinato.

c) Il Patto Commissorio (*Pactum Commissorium. s. Lex Commissoria*), pel quale si conviene, che quello dei Contraenti, che non eseguisce la obbligazione derivante dal Contratto concluso, decada dai Diritti, che gli competono in forza del Con-

tratto medesimo (*Dig. de lege Commissoria XVIII, 3*). Tal patto, lo vedemmo altrove, non può essere aggiunto al Pegno (Vol. I. Lib. II. §. 212. n.° 4 pag, 663). Nella Compra e Vendita viene generalmente apposto a favore del Venditore, non pagato. Può essere apposto in duplice modo: o in modo che il contratto cui è adjetto non abbia efficacia, in caso di inesecuzione dentro un tempo determinato (ed allora lo dicono apposto come condizione sospensiva), o in modo che il contratto abbia efficacia, ma in caso di inesecuzione si risolva (ed allora lo dicono apposto come condizione risolutiva). Nel dubbio si presume apposto in questo secondo modo (*fr. 1 Dig. de lege commis. XVIII, 3*). Generalmente si ritiene, che nel caso in cui il patto Commissorio sia stato stipulato a favore del Venditore, e che il Compratore, decaduto dai suoi Diritti abbia venduto alla sua volta la cosa, si ritiene, diciamo, che la persona da cui questi la comprò, possa rivendicarla in mano di chiunque, ed averla libera da qualsiasi onere reale, imposto sulla medesima. Questa opinione l' appoggiano sul *fr. 8 Dig. de lege commissoria* (*XVIII, 2*), e sulla *cost. 4 Cod. de pactis inter emtorem et venditorem* (*IV, 54*). Ma noi riteniamo una opinione opposta, fondandoci sulle espressioni chiarissime, non perfuntorie, e veramente tecniche della cost. 3 Cod. *de Pactis inter emtorem et Venditorem* (*IV, 54*) « Ivi » qui ea lege prædium vendi-
« dit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum
« esset, ad se reverteretur: si non precariam possessionem
« tradidit, *rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito* »

d) Il Patto dell' *Addictio in diem*, (*Pactum addictionis in diem*), col quale le parti convengono, che il Contratto di Compra e Vendita venga rescisso, se dentro un certo tempo, migliori condizioni per vendere, sono offerte al Venditore (*Dig. de in diem addictione XVIII, 2*). Questo patto, alla pari dell' antecedente, può essere apposto qual condizione sospensiva della vendita, o qual condizione risolutiva; e nel dubbio si riterrà apposto in quest' ultimo modo (*fr. 1, fr. 2 pr. Dig. de in diem addict. XVIII, 2 - fr. 2 §. 4 Dig. pro emtore XLI, 4*). Come dichiarammo altra volta (Vol. I. Lib. II. §. 77 n.° 2.° pag. 495), una delle eccezioni al principio dell' irrevocabilità del

Dominio, si verifica appunto in conseguenza dell' *addictio in diem*; laonde il Venditore cui si presenti un altro compratore a condizioni migliori (*fr. 4 §. 6 fr. 5 e fr. 14 §. 5, fr. 15 §. 1 Dig. h. t. XVIII, 2*), condizioni che il primo compratore non voglia uguagliare (*fr. 6 §. 1 fr. 7, fr. 8 Dig. eod.*), in forza di questo patto può, per eccezione ai principj generali, rivendicare la cosa in mano al terzo, e riprendersela libera da qualunque *jus in re* (*fr. 41 pr. Dig. de rei vindic. VI. 1 - fr. 4 §. 3, 4. Dig de in diem addict. XVIII, 2*).

e) Il Patto di riservo di dominio (*pactum reservati dominii*) col quale il venditore di una cosa se ne riserba il dominio, finchè non è stato pagato del prezzo. Questo patto sembra a primo aspetto inutile, perocchè sia regola inconcussa, che il venditore resta proprietario della cosa venduta finchè non è pagato del prezzo stabilito; ma inutile in realtà non è; e di vero serve a constatare, che la vendita non è stata fatta sotto fede di prezzo. In conseguenza di cotal patto, sospeso non rimane il Contratto di compra e vendita, bensì sospesa è la traslazione della proprietà: attalchè il rischio e pericolo della cosa venduta passa nel compratore, il quale d' ordinario la possiede *precario* (*fr. 20 Dig. de precario XLIII, 26 - fr 16 Dig. de peric. et com. rei vend. XVIII, 6*). Lo stesso scopo del patto di riservo di dominio, ha il patto col quale taluno si *riserba una ipoteca* sulla cosa venduta sotto fede di prezzo, appunto per garanzia del pagamento del prezzo medesimo (a)

f) Il Patto di non prestare l' Evizione (*de non præstanda evictione*). Il nome spiega l' indole di questo patto, che il Diritto Romano ammette (*fr. 11 §. 18 Dig. de act. emti. et vend. XIX, 1*).

g) Il Patto di pentimento (*pactum pœnitentiæ, seu displicentiæ*), col quale le parti, o l' una di esse, si riserbano il di-

(a) La patria legge del 2 Maggio 1836, sul sistema Ipotecario, all' Articolo XVII, nº 5, accorda un privilegio speciale al Venditore sopra il fondo alienato pel pagamento del prezzo, ancorchè manchi nel contratto il riservo di dominio. Se questo riservo è stipulato, qualunque sia la formula della stipulazione, non opera mai effetti maggiori e diversi dal presente privilegio, quando riguarda eventi, e casi di mancanza del compratore al pagamento del prezzo

ritto di pentirsi durante un certo tempo (*fr. 3 Dig. de contr. emt. XVIII, 1 - fr. 2 §. 5 Dig. pro emtore XLI, 4 - cost. 4 Cod. de ædil. act. IV, 58*). In generale questo patto ha in Diritto Romano il carattere di condizione resolutiva, ma può per volontà delle parti assumere anche quello di condizione sospensiva (*Istit. §. 4 de emt. et vendit. III, 23*).

h) *L' Anticresi*, Patto che occorre nel Pegno, e del quale abbiamo già trattato (Vedi Vol. I, Lib. II. §. 212 n.º 4. pag. 662).

i) Il Patto di non vendere (*pactum de non alienando*), che proibisce al compratore di vendere la cosa, o assolutamente, o ad una determinata persona. L' alienazione eseguita in spreto di questo patto, non è nulla, ma può dar luogo ad una azione in risarcimento di danni, a favore di chi lo stipulò contro chi lo violò.

II. *Patti Legittimi* (*Pacta Legitima*)

§. 394. I Patti, che volgarmente si chiamano Legittimi, e che nel Testo si dicono *Legitimæ Conventiones* (*fr, 6 Dig. de Pactis II, 14*), sono quelli rivestiti di azione dalle Costituzioni Imperiali. Limitato è il loro numero, e noi tratteremo solamente dei due più importanti fra essi, cioè del Patto della Donazione, e del Patto della Dote.

A) Patto della Donazione

Istit. Lib. II. Tit. 7 de Donationibus - Dig. Lib. XXXIX. Tit. 5 de Donationibus - Cod. Lib. XVIII. Tit. 54 de Donationibus.

§. 395. I Compilatori delle Istituzioni Imperiali, collocarono le Donazioni fra i modi di acquistare il Dominio, ma a torto, avvegnachè esse sole non producono questo effetto, ed a produrlo faccia di mestieri che sieno susseguite dalla Tradizione; anzi la verità è, che il Dominio si acquista realmente per la Tradizione, di cui la Donazione è soltanto una *justa causa*. Aggiungasi, che d' ordinario la Donazione dà soltanto un titolo per ottenere la consegna della cosa donata, laonde piu presto che un modo di acquistare il Dominio, è causa di un rapporto obbligatorio. Per siffatto motivo, questo ci sembra il luogo acconcio a trattarne.

§. 396. *Donatio*, è voce che deriva *a dono* - *Donatio dicta est a dono, quasi doni datio* (*fr. 35* §. *1 Dig. de mortis causa donat. XXXIX, 6*). La Donazione è *una ultronea liberalità fatta da una persona*, *il Donante, ad un altra, il Donatario, che l'accetta. Liberalitas nullo jure cogente*, *in accipientem facta* (*fr. 29 Dig. h. t. XXXIX, 5* - *fr. 82 Dig. de reg. juris L, 17*). All' esistenza di una Donazione, addimandasi il concorso di tre condizioni:

1.° Che sia un ultronea liberalità, vale a dire fatta spontaneamente: *nullo jure cogente* (*fr. 1 pr. Dig. h. t. XXXIX. 5* - *fr. 29 Dig. eod.*). Quindi non sarebbe Donazione il pagamento di una Obbligazione Naturale: perocchè non sia quello un atto spontaneo (*sine causa*), fatto senza esservi obbligato da un vincolo di gius. Ma donazione sarebbe il dare per gratitudine, avvegnachè la gratitudine non sia un legame giuridico. Manca la Donazione, appena occorre notarlo, ogni qualvolta ciò che viene dato, è un correspettivo di ciò che si è ricevuto, o si vuole ricevere.

2.° Che cagioni una diminuzione del patrimonio del Donante, assottigliandolo di un valore apprezzabile, che sia insomma pel donante una *alienazione*, e che aumenti di un valore ugualmente apprezzabile il patrimonio del Donatario. Adunque il Commodato, il Precario, etc. non sono Donazioni; e di vero non sono alienazioni (*fr 9 pr. fr. 14, e 27 Dig. h. t.*): sono *beneficia*. Non è *donare*, l' omettere di aumentare il proprio patrimonio (*fr. 28 pr. Dig. de verb. signif. L. 16* - *fr. 15* §. *13, 14, fr. 31* §. *7 de donat. int. vir. et uxor XXIV, 1*); talchè non si considerano come Donazioni, la rinunzia a degli interessi non ancora scaduti, (*fr. 23 pr. Dig. h. t.*) la remissione di un pegno, (*fr. 1* §. *1 Dig. quib. mod. pign. solvi XX, 6*), la renunzia ad una obbligazione *inanis* (*fr. 3 Dig. de condit. sine causa XII, 7*, o ad una successione ereditaria deferita, ma non ancora adita (*fr. 28 Dig. de verb. signif. L, 16*). Non esiste Donazione, se il patrimonio del Donatario non risente un aumento valutabile a contanti; perciò chi manomette un servo, sebbene diminuisca il proprio patrimonio, non dona, perchè il manomesso acquista la libertà, che è *res inæstimabilis* (*fr. 106 Dig. de reg. juris L, 17*). Aumento non

risente il patrimonio del Donatario, per un atto il cui effetto si limiti a confermare, ed assicurare un Diritto già esistente. Per questo motivo il farsi mallevadore, il consentire una ipoteca, non è donare (*fr. 1* §. *19 Dig. si quid in fraud. patr. XXXVIII*, 5).

3.° Che il Donante abbia *l' animus donandi*, vale a dire l'intenzione di fare una liberalità. Chi per errore paga ciò che non deve, non ha l'animo di donare, e perciò ha la *condictio indebiti* per ripetere il pagato; lo stesso si dica di chi, stretto dal bisogno, vende ad un prezzo lesivo; appunto perchè non intende a fare una liberalità, può chiedere la rescissione del Contratto.

§. 397. Le Donazioni possono assumere forme molto diverse. Talvolta occorrono sotto l'aspetto di atti unilaterali, e sono esenti dal bisogno dell'accettazione del Donatario, come p. e. la costituzione di una Dote fatta da un estraneo, anche alla insaputa della dotata, o come sono le spese fatte *donandi animo*, sulla cosa altrui. Talaltra volta occorrono sotto l'aspetto di Convenzioni, ed allora il Consenso di ambedue le parti è necessario alla loro esistenza: non basta la volontà del Donante; si richiede l'accettazione almeno tacita del Donatario (*fr. 10, fr. 19* §. *2 Dig. h. t.* XXXIX, *5 - fr. 38 Dig. de mort. causa donat.* XXXIX, *6 - fr. 55 Dig. de oblig. et act. XLIV, 7 - Vat. fragm.* §. *263*). Ma finchè manca tale accettazione, almeno tacita (*fr. 27* §. *1, fr. 34 fr. 44 Dig. de negot. gest. III, 5 - cost. 11, 13, 15 Cod. eod. II, 19*), il Donante può cambiare la sua volontà di donare, ritrattando la Donazione, ancorchè rimasta ignota al Donatario (*fr. 18 pr. Dig. de reb. cred. XII, 1 - fr. 36 Dig. de acq. rer. dom. XLI, 1 - fr. 2* §. *6 fr. 10, fr. 26 Dig h. t. XXXIX, 5*). Le Donazioni ordinariamente sono fatte in tre modi: *dando*, *liberando*, *promittendo*. (a)

a) *Dando*, cioè con la tradizione di una cosa corporale, con la costituzione di un *jus in re*, o con la cessione di un credito.

b) *Liberando*, vale a dire rimettendo un debito, o assolvendo da un onere qualunque.

(a) In Pratica, se il Donatario non è presente all'atto di Donazione, si ammette che il Notaro possa accettare validamente per lui (*Voet. Pand. Lib. XXXIX. Tit.* 5 num. 13).

c) Promittendo, ossia obbligandosi ultroneamente a diminuire il proprio patrimonio a favore del Donatario. - Il più antico modo di Donazione, presso i Romani era quello *dando*, e questo è la ragione del nome *Donatio*, quasi *doni datio*; e ad operarla si valevano dei consueti modi di traslazione del Dominio, ossìa della *Mancipatio*, o della *Cessio in Jure* per le *Res Mancipi*, e della *Traditio* per le *Res nec Mancipi*. La Donazione operavasi *liberando* mediante l'*Acceptilatio*, o mediante il Patto *ne petatur* (di cui parleremo in breve), ed eziandìo con la restituzione del titolo di credito. Finalmente la Donazione operavasi *promittêndo*, quando si rivestiva con le forme della *Stipulatio* la promessa di donare. Il *semplice patto di donare*, come quello che non era stato riconosciuto causa di obbligazione civile e di azione, avrebbe prodotto una mera obbligazione naturale; ma se rivestito con le forme della *Stipulatio*, poteva esser fatto valere mediante *l'actio ex stipulatu*. Tuttavolta la traslazione della proprietà della cosa donata, avveniva soltanto mercè la effettiva Tradizione, che di essa il Donante avesse fatto al Donatario. In Gius Nuovo (lo vedremo meglio fra un istante), il patto di Donazione fu rivestito da Giustiniano di una azione; per questo assunse il carattere di *Patto Legittimo*. Qualunque sia la forma adoperata, perchè Donazione esista, l'essenziale si è, che concorrano i tre caratteri sopra dichiarati: cioè l'*ultroneità*, *l'alienazione*, *la liberalità*.

§. 398. *Subjetto* della Donazione, ossia Donante, può essere chiunque ha la facoltà di *alienare*. Il figlio di famiglia, il quale per Diritto Romano non può testare del suo Peculio avventizio, neppure col consenso paterno, ha facoltà con quel consenso di donare quel Peculio, in tutto od in parte (Vedi Vol. I. Lib. 1 §. 138 pag. 279): perchè la Donazione non è un Testamento, cui le leggi Romane inabilitano il figlio di famiglia (a). I Minori di XXV. anni *sui juris*, sebbene in generale possano alienare i loro beni immobili con l'autorizzazione del Magistrato, non possono disporne *donandi animo*, ma le donazioni che ne aves-

(a) In Toscana il figlio di famiglia, che ha compiuto il 18 anno, può far testamento e donazione del suo Peculio avventizio (art. 18 e 19 della legge del 15 Novembre 1814 Tit, della Patria Potestà).

sero fatte, potrebbero convalidarsi se non fossero attaccate durante i 10 anni successivi alla maggiorità del Donante (*cost. 5 in f. Cod. si maj. factus V, 74*). Diremo fra breve quali limitazioni, durante il matrimonio, provino i conjugi, (sebbene capaci di alienare) nella facoltà di donare l'uno all' altro. L' unità di persona, rende impossibile la Donazione fra il padre ed il figlio, quando questi è sotto la potestà di quello, o fra due fratelli che sono sotto la medesima potestà (*fr. 1 §. 1 Dig. pro Donato XLI, 6*) . Se non chè è da avvertire, che quanto ai Peculj militari quell' impossibilità non esisterebbe , essendo i figli di famiglia per riguardo ai medesimi, considerati come padri di famiglia.

§. 399. *Objetto* di Donazione può essere qualunque cosa , che procacci un utile, un vantaggio, stimabile a contanti, al Donatorio, e che esso possa acquistare (*fr. 9 §. 3 Dig. h. t.*). Laonde, lice per Donazione trasferire il Dominio, costituire degli *Jura in re*, (*fr. 9 pr. fr. 28 Dig. h. t.*) dare in donazione dei crediti, o liberare da dei debiti (*fr. 2, §. 2 fr 23, fr. 33 §. 3 Dig. h. t. - cost. 22 e 23 Cod. mand. vel contra IV, 35*), rinunziare a dei diritti già acquistati (*fr. 15 §. 13 - 15 Dig. de donat. int. vir. et ux. XXVI, 1*). Perfino tutto il patrimonio del Donante, può essere objetto di Donazione, e tutto il patrimonio sì presente che futuro (*cost. 35 §. 4 e e 5 Cod. de Donationibus VIII, 54 - cost. 8 Cod. de revoc. donat. VIII., 56*). Ma la donazione *omnium bonorum* deve lasciar salve le porzioni *legittime* delle persone, che hanno diritto alle medesime (*cost. 35 §. 4 Cod. de Donat. VIII, 54*), ed intatti i Diritti dei Creditori del Donante: ad essa si applica il principio: *bona non intelliguntur, nisi deducto œre alieno (fr. 72 Dig. de jure dotium XIII, 3 - fr. 12 Dig h. t. XXXIX, 5 - fr. 39 Dig. de verb. signif. L, 16*). La *Donatio omnium bonorum*, non opera una *successio per universitatem*: il Donatario non continua la personalità del Donante, e perciò non diviene Creditore dei Debitori, e Debitore dei Creditori di costui; laonde egli non può agire *direttamente* contro quei primi, nè può essere *direttamente* convenuto da questi ultimi. Contro quei primi potrà intentare le azioni *utili*; questi ultimi potranno con

l' actio Pauliana ottenere la restituzione delle cose donategli fino alla misura dell' ammontare dei loro crediti, quando provino che la Donazione è stata fatta dolosamente per defraudarli dei loro diritti: prova che non è necessario somministrare, se nella Donazione fu stabilito, che il Donatario abbia da essere esente da qualunque obbligazione verso i creditori: perocchè il dolo resulti da se, per questa dichiarazione. Ma se nella Donazione *omnium bonorum*, non fu fatta menzione alcuna dei diritti dei Creditori, si suppone naturalmente, che il Donatario si sia obbligato tacitamente a pagare tutti i debiti del Donante, ed a sostituirsi al Donante di fronte ai Creditori (*fr. 72 Dig. de jure dot. XXIII, 3 - Savigny Trattato di Diritto Rom. Tomo IV, cap. III*, §. *99*). Questi ultimi potranno agire contro di lui, facendosi cedere dal Donante *l' actio civilis in factum*, che egli potrebbe sperimentare contro il Donatario, per costringerlo a pagare i Debiti di lui Donante (*cost. 22 Cod. de donat. VIII. 54 - Savigny l. cit.*).

§. 400. La Donazione può essere fatta a chiunque è capace di acquistare, quindi ai Peregrini, ai Deportati, ec. non si poteva donare. La Donazione fatta a favore del nascituro, si intende fatta sotto la condizione che nasca vivo (*fr. 26 Dig. de statu homin. I, 5 - cost. 3 in f. Cod. de posth. hered. instit. VI, 29*). Incapaci relativamente di acquistare per donazione sono:

1.° I figli incestuosi e adulterini; essi non possono ricevere dal loro genitore, che gli alimenti.

2.° I Governatori, i Presidi delle Provincie, i quali non potevano ricevere donazioni dalle persone sottoposte alla loro giurisdizione (*fr. 13 Dig. de off. præsidis I, 18*).

3.° I Medici, che non possono ricevere Donazioni dai loro ammalati (*cost. 9 Cod. de Profess. et Medic. X, 52*), disposizione che in Pratica fu estesa ai Confessori per riguardo ai loro penitenti, ai Causidici per riguardo ai loro clienti.

§. 401 I principj fin quì esposti, sono comuni ad ogni maniera di Donazione. Vediamo ora le diverse specie di Donazioni che il Diritto Romano riconosce. La principale distinzione, che il Diritto Romano fa delle Donazioni, è in Donazioni *Mortis Cau-*

sa e Donazioni *inter vivos*. - Le Donazioni *Mortis causa* sono quelle fatte in contemplazione della morte, e che sono subordinate alla condizione della morte. La semplice menzione della morte, o la dichiarazione che l' esecuzione della Donazione si differisca dopo la morte, non implicano donazione *mortis causa*; questa esiste solamente quando il pensiero della morte è stato il movente della Donazione, o la morte del Donante è stata posta in condizione - La Donazione *inter vivos* invece è una obbligazione, che il Donante assume *attualmente* ed *irrevocabilmente*, sebbene possa differirne l'adempimento, anche a dopo la sua morte (*fr. 45 §. 1, 2 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 42 §. 1 Dig. de mort. causa donat. XXXIX. 6 - cost. 5 Cod. quando dies legati cedit. VI, 53 - Voet. Pand Lib. 39 Tit. 5 n.° 4*). Ogniqualvolta il Donante ha inteso imporre leggi a se stesso donando, la Donazione è *inter vivos* quando invece ha inteso imporre leggi agli eredi, ed a se serbare libertà di volere, la Donazione è *mortis causa*. Delle Donazioni *mortis causa* non è questo il luogo di trattare: in conseguenza della loro analogìa coi Legati, è opportuno esporle dopo di quelli.

Donazioni inter vivos.

§. 401. Il carattere essenziale della Donazione *inter vivos*, è di procurare al Donatario un vantaggio *attuale ed irrevocabile* (*fr. 1 pr. Dig. de Donat. XXXIX, 5 - cost. 35 §. 5 Cod. eod. VIII. 54 - cost. 1 4, 5, 6 Cod. de revoc. donat. VIII, 56*). Come poco sopra accennammo nel dire delle Donazioni in generale, le Donazioni *inter vivos* si facevano anch' esse *dando*, *liberando*, *promittendo*. Fino alla promulgazione della *lex Cincia*, dell' anno 548 di Roma, le Donazioni non furono sottoposte ad alcuna limitazione. Nell' epoca in cui fu promulgato questo Plebiscito, a proposta del Tribuno M Cincio Alimento, i vincoli di famiglia erarsi non poco rallentati, attalchè spesso venivano fatte Donazioni a pregiudizio degli eredi legittimi. La *lex Cincia* fu ordinata al doppio scopo di provvedere agli interessi di questi eredi, e di porre un argine alle inconsiderate elargizioni, con le quali il donante si impoveriva. Questa Legge vietò le Donazioni superiori ad una certa somma, che si crede fosse

20000 sesterzj; ma in questo divieto fu una *lex imperfecta*; avvegnachè non colpisse di nullità le Donazioni superiori a quella somma; tuttavolta somministrava mezzi per renderle inefficaci, mezzi i quali furono poi svolti ed esplicati dall' Editto del Pretore, e dalle interpretazioni dei Giureconsulti.

§. 402. Se con la *Stipulatio*, taluno si fosse obbligato a donare una somma superiore a quella fissata dalla *lex Cincia*, (*ultra modum*) costui poteva respingere *l' actio ex stipulatu* dello stipulante, in quanto era *ultra modum*, con una *exceptio legis Cinciæ*; e qualora avesse pagato quella somma promessa, poteva ripetere con la *conditio indebiti* ciò che aveva effettivamente sborsato, *ultra modum* (*Vat. fragm. 266, 267, 311*). Il Donante che avesse fatto la *Tradizione* di una *Res Mancipi*, avente un valore *ultra modum*, avrebbe potuto rivendicarla in forza del *nudum jus quiritium*, che rimaneva in lui. E se alla sua *rei vindicatio* il Donatario avesse opposto l' *exceptio rei donatæ et traditæ*, il Pretore gli accordava la *replicatio legis Cinciæ*. Per cotal guisa il Donante era abilitato a rivendicare la cosa donata e consegnata, almeno finchè il Donatario non l'avesse usucapita (*Vat. fragm. 293*). Qualora il Donante avesse *Mancipato* la cosa *senza farne la Tradizione*, avrebbe potuto respingere la *rei vindicatio* del Donatario, con l' *exceptio legis Cinciæ* (*Vatic. fragm. 310, 313*). E se avesse mancipato la cosa, e l' avesse poi consegnata, trattandosi di cosa immobile, la Donazione sarebbe rimasta irrevocabile, (*Vat. fr. 313*) ma se invece si fosse trattato di cosa mobile, il Donante avrebbe potuto ripeterne il possesso con l' interdetto *utrubi*, almeno finchè il Donatario non avesse posseduto la cosa Donata per più di sei mesi nell' anno della lite, e non si fosse fatto così *major interdicto utrubi* (*Vatic. fragm. 311, 313, 293 - Gajo IV, 150*). Ottenuto il possesso della cosa Donata, il Donante avrebbe respinto la *rei vindicatio* del Donatario, con l' *exceptio legis Cinciæ*. Agli Eredi del Donante era vietato valersi del disposto della *lex Cincia*, qualora il loro autore fosse morto perseverando nella volontà di donare *ultra modum*; ad essi sarebbe stata opposta dal Donatario la *replicatio doli* (*Vatic. fragm. 259, 266 294*). La legge in discorso non era applicabile ai fondi provinciali

(*Vatic. fragm. 293*), e le Donazioni fra persone legate fra loro per vincoli di cognazione, di affinità, e perfino di gratitudine (*personæ lege Cincia exceptæ*), erano espressamente sottratte al suo disposto; tali erano:

a) le Donazioni fra i Cognati fino al 5.° grado, e fino a 6° se fra *Sobrini* o *Sobrinæ*.

b) quelle fatte a persone in *potestate*, in *manu*, in *mancipio* di questi Cognati, perocchè acquistassero per essi.

c) quelle fra affini in primo grado.

d) quelle fatte per causa di dote fra cognati, qualunque fosse il grado di loro cognazione; ciò per favorire il matrimonio

e) quelle fatte dal tutore al pupillo, ma non viceversa; i tutori si consideravano *quasi parentes pupillorum*, e perciò si ammetteva che potessero donare illimitatamente ai pupilli: ma alle liberalità di questi verso i tutori, pose la legge un limite, per timore che l' accortezza dei tutori riducesse alla miseria i troppo generosi ed improvidi pupilli.

f) quelle fatte dal liberto al patrono, e dalla persona che *fu in servitute* alla persona, che l' ebbe in quella condizione.

g) quelle fatte alla persona, che liberò il Donante dalle mani dei masnadieri o dei nemici (*Vatic. fragm. 298 - 309 - Paolo V, 11, 6*).

h) le Donazioni fra genitore e figli, non solo furono sottratte al disposto della *lex Cincia*, ma furono favorite, a segno che dopo Antonino Pio, furono ritenute per valide in conseguenza del solo consenso, senza stipulazione, mancipazione, o tradizione, (*Vat. fragm. 298*).

§. 403. La legge Cincia rimase in vigore per certo fino ai tempi di Costantino (*cost. 4 Cod. Theod. de Donat. VIII, 12*): abolita esplicitamente sembra che non fosse mai, ma è naturale che i mutamenti introdottisi nei modi di acquistare e di trasferire il Dominio, e specialmente il disuso della *mancipatio*, facessero andare in dimenticanza questa Legge.

§. 404. Per dare autenticità alle Donazioni, che si facevano *promittendo*, si era introdotto l' uso di redigerle in iscritto, (*Vatic. fragm. 297*), o di farle trascrivere (*insinuare*) nei pubblici Registri (*Vat. fragm. 266, 268 - cost. 1 Cod. Theod.*

de Sponsalibus III, 5), e Costanzo Cloro ridusse a legge quella consuetudine (*cost. 1 Cod. Theod. di sponsal. III, 5 - cost. 3 Cod. Theod. de donat. VIII, 12*). Suo figlio Costantino, estendendo e generalizzando i provvedimenti paterni, richiese alla perfezione delle Donazioni:

1.° La redazione in iscritto.

2° La tradizione della cosa, alla

3° Presenza di testimonj

4° La Registrazione o insinuazione (*Vat. fragm. 249 - cost. 1 Cod. Theod. de Donat. VIII, 12 - cost. 25 Cod. Just. eod VIII, 54*), senza distinguere se le Donazioni erano fatte a persone eccettuate o non eccettuate dalla legge Cincia. La Stipulazione non fu dunque più richiesta per le Donazioni promesse, e da questa epoca la promessa di Donazione entrò fra i *Patti Legittimi*, giacchè ad essa fu accordata azione, indipendentemente dalla Stipulazione. I successori di Costantino in parte confermarono, in parte mutarono quelle forme di Donare (*cost. 6 - 9 Cod. Theod. de donat. VIII, 12 - cost. 28 - 34 Cod. Just. eod. VIII, 54*); finalmente Giustiniano dopo qualche oscitanza (*cost. 34 pr. §. 1 Cod. de Donat. VIII, 54*), stabilì che il patto di donare fosse valido ancora pel *solo consenso*, vale a dire che la semplice promessa di donare desse una azione per esigere l'adempimento della contratta obbligazione; soltanto, e per eccezione, quando la Donazione eccede la somma di *500 solidi* (corrispondenti a 5000 franchi, secondo Savigny), essa ha da essere insinuata ; la mancanza di tale insinuazione è causa di nullità, ma per l'eccesso sui 500 solidi (*cost. 34 pr. cost. 36 §. 3 Cod. de Donat. VIII, 54 - Istit. §. 2 eod. II, 7*). Ed ancora dispensate assolutamente da questa insinuazione, furono:

1° Le Donazioni fatte dal Principe, e dall'Augusta, o fatte a loro (*cost. 34 Cod. de Donat. VIII, 54*).

2° Quelle pel riscatto dei prigionieri di guerra (*cost. 36 pr. cod. eod.*).

3° Quelle per la riparazione e costruzione di abitazioni rovinate, od incendiate (*cost. 36 §. 2 Cod. eod.*).

4.° Quelle di cose mobili, fatte dal *Magister militum* ai soldati (*cost. 36 §. 1 Cod. eod.*)

5° Quelle *dotis causa* (*cost. 31 pr. Cod. de jure dotium V, 13*).

6.° Quelle *mortis causa* (*cost. ult. Cod. de Donat. causa mortis VIII, 57*) (a)

§. 405 Più donazioni fatte alla stessa persona in diversi tempi, e con più e diversi atti, sebbene nel loro coacervato superino i 500 solidi, non abbisognano di insinuazione, quando ognuna di esse non giunge a quella somma (*cost. 34 §. 3 Cod. de donat. VIII, 54*): ammenochè non si provasse, che furono così divise per eludere la legge. La Donazione vitalizia infeferiore ai 500 solidi annui, se è a vita del Donatario non addimanda insinuazione, perocchè esso possa vivere meno di un anno; ma se deve passare ancora agli Eredi del Donatario, vuole essere insinuata, essendo strano in quel caso, che il Donante non abbia a pagare più di 500 solidi (*cost. 34 §. 4 Cod. de Donat. VIII, 54*). Agli effetti dell'insinuazione, il valore della Donazione si calcola dalla locupletazione del Donatario, trascurando i frutti della cosa Donata (*fr. 9 e 11 Dig. h. t. XXXIX, 5*), e diffalcandone gli oneri (*fr. 18 §. 3 Dig de mortis causa donat. XXXIX, 6 - arg. fr. 1 §. 16 Dig. ad. S C. Trebell. XXXVI, 1*). La formalità dell' insinuazione aveva un doppio scopo: serviva a constatare le Donazioni, ed era una remora a farle con poca riflessione. L' insinuazione consisteva in un protocollo giudiciario, redatto sulla dichiarazione della parte, protocollo che in Gius nuovo qualunque Magistrato è competente a redigere (*cost. 8 Cod. Theod. de donat. VIII, 12 - cost. 27, 30 32 Cod. Just. de Donat. VIII, 54*).

§. 406. Sono ora da dichiararsi, gli *Effetti* della Donazione *inter vivos*.

a) La Donazione fatta *dando*, trasferisce nel Donatario il Diritto che ne è objetto: laonde la tradizione della cosa corporale donata ne trasferisce il Dominio nel Donatario, se il Donante lo

(a) Per la nostra patria Giurisprudenza la trascrizione si richiede nelle Donazioni che superano i 700 Scudi, nel solo interesse dei terzi; essi soli possono objettarne il difetto; il quale non ha effetti fra Donante e Donatario (Vedi Forti delle Donazioni, nei suoi Trattati inediti di Giurisprudenza Vol. unico pag. 478 e 479. - Vieussieux Editore 1854).

aveva, altrimenti pone in grado il Donatario di acquistarlo mediante l' usucapione, *pro donato*, qualora egli sia in buona fede, e la cosa sia suscettiva di venire usucapita. La Donazione fatta *liberando*, libera effettivamente il Debitore Donatario. La Donazione fatta *promittendo*, dà al Donatario una azione per esigere l' adempimento della promessa, azione che quando la Donazione era un patto rivestito di Stipulazione, era *l' actio ex stipulatu*, e che in seguito, quando quel patto fu ascritto fra i Patti Legittimi, fu l' azione che i Commentatori chiamano *condictio ex lege 35 § ult. Cod. de Donationibus*, introdotta da Giustiniano (*fr. 22 Dig. h. t. XXXIX 5*). Qualora la promessa di donare sia relativa ad una medesima cosa, promessa, fatta successivamente a due persone diverse, acquista la proprietà della cosa la persona cui fu consegnata (*cost. 15 Cod. de rei vindicat. III, 32*), l' altra ha diritto alla stima; e se a nissuna delle due fu consegnata, ha diritto ad avere la cosa la persona cui prima fu promessa, l' altra ha diritto alla stima della cosa medesima (*fr. 35 §. 1 Dig. h. t. XXXIX, 5 - Paolo V, 1, 4*).

b) Il Donante, nell' esecuzione delle sue obbligazioni, è responsabile soltanto del Dolo e della Colpa lata, non della leve (*fr. 18 §. 3 Dig. h. t. XXXIX, 5*), perocchè egli non ritragga nessun vantaggio dalla Donazione. Non è il Donante obbligato a garantire l' Evizione (*Paolo V, 11, 5 - fr. 131 §. 1 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*), ammenochè egli non abbia espressamente assunto quell' obbligazione, o non abbia dolosamente donato una cosa altrui, per recare pregiudizio al Donatario (*cost. Cod. de evict. VIII, 45 fr. 18 §. 3 Dig. h. t. XXXIX, 5 - fr. 62 Dig. de Usuris XXII, 1*). Il Donante non può essere astretto ad eseguire la sua obbligazione, in modo da rimanere privo del necessario al suo sostentamento, non può essere condannato *nisi in quantum facere potest* (*fr. 19 §. 1 Dig. de re judic. XLII, 1*). Soltanto dal dì della contestazione della lite, deve le usure *ex mora*, ed i frutti (*fr. 22 Dig. h. t. fr. 31 pr. Dig. de reb. cred. XII, 1 - fr. 16 pr. fr. 38 §. 7 Dig. de Usuris XXII, 1*).

§. 407. Le Donazioni per regola, l' abbiamo detto poco sopra (§. 410'), sono *irrevocabili*. Per eccezione si revocano:

a) A cagione di ingratitudine. Il solo Donante, e non già i suoi eredi, per tal motivo ha facoltà di revocare la Donazione (*cost. 10 Cod. de revoc. donat. VIII, 56*): e può revocarla soltanto durante la vita del Donatario, per un fatto ad esso imputabile (*cost. 7 e 10 Dig. eod. VIII, 56*). Sono tassativamente indicati da Giustiniano i casi di ingratitudine, che possono dar luogo alla revoca (*cit. cost. 10 Dig. eod. VIII, 56*): e sono

1) Ingiurie verbali gravi

2) Vie di fatto contro la persona del donatario

3) Un danno patrimoniale arrecato, non soltanto minacciato

4) Un pericolo di morte, fatto correre al ~~Donatario~~.

5) Il rifiuto del Donatario, di adempire alle condizioni della Donazione.

b) A cagione della sopravvenienza al Donante di figli legittimi, o legittimati per *subsequens matrimonium*, la Pratica Giurisprudenza ritiene revocabile la Donazione. Ma a vero dire la *cost. 8 Cod. de revoc. donat.* (*VIII, 56*) il cui disposto ha servito di fondamento all' accennata regola, permette quella revoca per l'accennato motivo, al Patrono, che fece donazione al Liberto; fu dunque generalizzata una disposizione singolare

§. 408. È con un *actio in personam*, cui non occorre dato nelle Fonti nostre un nome speciale, che il Donante può ottenere la revoca della Donazione; e con questa azione, (che come azione personale, non ha effetto contro i terzi possessori delle cose donate) si ottiene la restituzione di queste insieme ai frutti maturati, dal momento della contestazione della lite (*arg. fr. 17 pr. Dig. de donat. int vir. et uxor XXIV, 1*).

§. 409. I terzi possono pure talvolta ottenere la Revoca di una Donazione fatta in loro pregiudizio. Infatti

1.° I creditori del Donante, possono ottenere la revoca di una donazione, fatta in frode dei loro diritti, sperimentando ***l' actio Pauliana***, azione con la quale fanno rescindere in generale ogni alienazione, fatta in frode ed a danno loro: ed estremi della quale sono appunto, il Dolo ed il Danno (*fr. 1 pr. fr. 10 fr. 16, e 18 Dig. quæ in fraud. credit. XLII, 8*).

2.° Quelli che hanno diritto ad una quota di beni del Donante, fissata dalla legge (*legitima portio*), quando la Donazio-

ne fatta dal loro autore ha per effetto di privarli di questa quota o porzione legittima (*Donatio inofficiosa*), mediante la *querela inofficiosæ Donationis*, ne ottengono la revoca, ma solo nella misura della legittima (*fragm. Vatic.* §. 280, 282 - *cost. 1 Cod. de inoff. donat III, 29*) (a)

§. 410. Fra le Donazioni *inter vivos* meritano speciale menzione:

a) La *Donatio remuneratoria*

b) La *Donatio sub modo*

c) La *Donatio inter virum et uxorem*

d) La *Donatio propter nuptias*

a) *Donatio remuneratoria.*

§. 411. Ha questa per iscopo di remunerare i servigj, che il Donatario ha prestato al Donante. Pei servigj prestati, pei benefizj fatti non potendosi pretendere ricompensa, quello che viene dato per questa ragione, è considerato come una Donazione. Tuttavolta i Romani Giureconsulti considerando il dovere della gratitudine, e della ricompensa, come simile ad una obbligazione naturale (*fr.* 25 §. 11 *Dig. de hered. petit. V.* 3 - *fr.* 19 §. 1, *fr.* 27 *Dig. de Donat.* XXXIX, 5.) applicarono alla medesima alcune delle regole proprie di quella obbligazione, inapplicabili alla Donazione pura. Nondimeno, siccome il dovere della gratitudine, a rigore non si può dire una vera e propria obbligazione giuridica, non lice generalizzare ed applicare per estensione, oltre ai casi previsti nelle fonti, siffatte regole. Di quì derivano i seguenti principj:

1.º La Donazione Remuneratoria eccedente i 500 solidi, se è già eseguita, non può essere revocata per mancanza di insinuazione: ma se non è per anco effettuata, il Donatario ha azione soltanto per 500 solidi.

(a) Gli eredi legittimi sono ammessi in pratica a far revocare una Donazione universale del loro congiunto, con la quale egli non si fosse riserbato almeno la vigesima parte del suo patrimonio per potere testare. Invocare la nullità di una cotal donazione si ritiene che possa anche il Donante stesso. I Dottori fondano questa teorica sulle *cost. ult. Cod. de Pactis II.* 3 e sul *fr.* 61 *Dig. de verb obligat. XLV.* 1 (Vedi Oinotomo Istit. de Donat. §. aliæ autem nº 86)

2.° La Donazione remuneratoria vale ancora fra i coniugi se fu eseguita, ma non si dà azione per ottenerne l'esecuzione

3.° La Donazione remuneratoria non si può revocare (*fr.* 34 §. 1 *Dig. h. t.* XXXIX: 5). Questo principio stà scritto, sebbene in termini non generali, nel *fr.* 34 §. 1 *Dig. de Donationibus* (XXXIX, 5); infatti in quel frammento si dichiara irrevocabile la Donazione fatta a chi ci ha salvato la vita. La Giurisprudenza ha generalizzato questo disposto, che il Savigny vorrebbe limitato a quel caso speciale.

b) Donatio sub modo.

§. 412. È quella con la quale si impone un qualche onere al Donatario, come di soffrire, o di fare qualche cosa. I Romani le applicavano le regole proprie della Donazione, ogni qualvolta la liberalità eccedeva l' onere, e per l' eccedenza della liberalità sull' onere, quando l' una e l' altro fossero suscettibili di valutazione (*fr.* 5 §. 2, 5 *Dig. de donat. int. vir. et ux* XXIV, 1 - *fr.* 19 §. 1, 6 *Dig. de Donat.* XXXIX, 5); ma per l' elemento di correspettività che è nella medesima, ritenevano ne emergesse un vincolo obbligatorio analogo a quello, che esiste nei Contratti innominati. Di qui deriva:

1.° Che il Donante può esigere la esecuzione del *modus con l' actio præscriptis verbis* (*fr.* 37 §. 3 *Dig. de Legat. III.* (32). *cost.* 3 *Cod. de contr. emt. IV*, 38 - *cost.* 8 *Cod. de rer. permut. IV*, 64 - *cost.* 9, 22 *Cod. de Donat. VIII*, 54 - *cost.* 2 *Cod. de don. sub modo VIII*, 55).

2.° Che in caso di inesecuzione del *modus*, il Donante può esercitare l' *jus pœnitendi*, e ripetere la cosa donata con la *condictio causa data*, *causa non secuta* (*cost*, 2, 3, 6, 8 *Cod. de cond. ob causa datorum V*, 6 - *fr.* 18 *pr. Dig. de donat.* XXXIX, 5). Tuttociò, sempre subordinatamente alle regole del *Modus*, fra le quali giova ricordarlo, è di capitale importanza questa, che se il *Modus* è stabilito a favore della persona che acquista, e se per lei non stà l' adempirlo, si ritiene per adempiuto (*Vedi sopra* §. 273 (c) *pag.* 54 *e* 55). Se il *Modus* è imposto a favore di un terzo, è evidente che stando rigorosamente ai principj generali, il Donante non potrebbe esi-

gerne l' adempimento, perocchè egli non abbia azione per esigere la prestazione di un fatto, che è favorevole e vantaggioso solamente al terzo: attalchè non potrebbe cedere al terzo *l'actio præscriptis verbis*; ed il terzo non avrebbe azione, perchè la promessa non fu fatta a lui. Ciò nonostante l' Imperatore Diocleziano accordò al terzo in tal caso, una *utilis præscriptis verbis actio* per esigerne l'adempimento (*cost.* 3 *Cod. de donat. quæ sub modo VIII*, 55) azione *utile*, cioè introdotta per analogia all' azione fidecommissaria, che si sperimentava contro il donatario *mortis causa* incaricato di un fidecommesso, perocccbè il *modus* stipulato a favore di un terzo, sia una specie di fedecommesso (*fr.* 37 §. 3 *Dig. de Legatis III* (32), *Savigny Sistema Tomo IV*, §. 175 *c.*).

Donatio inter virum et uxorem.

§. 413. Allorquando pel Matrimonio la Donna cadeva nella *Manus* del Marito, Donazioni fra Marito e Moglie non potevano verificarsi: infatti la Donna *in Manu* non aveva beni proprj, ed il Marito non poteva donarle nulla, perchè avrebbe donato a se stesso, avvegnachè quello che la donna acquistava l'acquistava pel Marito. Ma allorchè la *Manus* venne meno, e la Donna potè avere un patrimonio distinto da quello del Marito, furono proibite le Donazioni fra i Conjugi (*fr.* 1 *Dig. de donat. int. vir. et ux. XXIV*, 1). Divieto giusto e ragionevole, essendo inteso ad impedire che il conjuge più scaltro ed interessato, spogli l'altro affettuoso e semplice troppo; che i Matrimonj sieno venali, e la concordia conjugale venga comprata a prezzo di sacrifizj patrimoniali (*fr.* 2, *e* 3 *Dig. eod. XXIV*, 1). Tali essendo i motivi della legge, è facile intendere perchè le Donazioni anteriori e posteriori alla celebrazione del Matrimonio non sieno proibite (*fr.* 27, 32 §. 27, *fr.* 33, 66 *Dig. eod. XXIV*, 1), come non lo sono quelle, che debbono sortire efficacia dopo lo scioglimento del Matrimonio (*fr.* 10, *e* 11 *Dig. eod. XXIV*, 1), esempigrazia quelle fatte in previsione del divorzio o della morte del donante (*fr.* 11 §. 11, *fr.* 12, *fr.* 13 *pr. fr.* 20 60, 62 *Dig. h t. XXIV*, 1 - *fr.* 9 §. 2, *fr.* 10, 11 *fr.* 13 §. 1, *fr.* 21, 34, 35, 43 *Dig. eod.*). Del pari, se l' unione sessuale

non è matrimonio, ma concubinato, o peggio, le Donazioni fra coloro che vivono in quella, sono valide (*fr. 3 §. 1 fr. 65 Dig. h. t.*); ma se quell' unione è proibita, si confisca ciò che venne donato (*fr. 3. §. 1 fr. 32, §. 18, Dig. eod*). Nulle sono le Donazioni fra i Conjugi, ancorchè fatte per interposta persona, vale a dire persona sottoposta alla potestà del Donatario, o nella potestà della quale il Donatario si ritrovasse, imperocchè tali Donazioni indirettamente refluirebbero sull' altro coniuge (*fr. 3 §. 2 - 6, fr. 32. §. 16 pr. Dig. h. t. - cost. 3, 4, 5, Cod. eod.*).

§. 414. Le Donazioni fra i Conjugi sono assolutamente nulle (*fr. 3, §. 10, Dig. de donat. int. vir. XXIV, 1*), laonde il Donante può ricusarsi ad eseguire la promessa Donazione, e può eziandìo ripetere ciò che consegnò (*fr. 3, §. 11, fr. 5 §. 1, Dig. eod*). La legge gli accorda sui beni esistenti la *rei vindicatio*, in caso contrario la *condictio sine causa*, mediante la quale può ripetere quello di cui l' altro conjuge si è locupletato nel momento della contestazione della lite (*fr. 5, §. 18 fr. 6. fr. 7, fr. 16. fr. 28, fr. 29, fr. 31, §. 2, fr. 32. § 9, fr. 50. §. 1, fr. 63. Dig. h. t. - cost. 8, 17 Cod. eod.*).

§. 415. Per eccezione, Donazioni fra i Conjugi, valide sono le seguenti:

a) Quelle fatte fra l'Imperatore e l' Imperatrice (*cost. 26, Cod. de donat. int. vir. V, 16*).

b) Quelle fatte con lo scopo, che sia ricostruita una casa incendiata (*fr. 14. Dig. de don. int. vir. XXIV, 1*).

c) Quelle fatte dalla moglie pel bene del conjugale consorzio, p. e. per comprare al marito una dignità, od una carica (*fr. 40 41, 42, Dig. de donat. int. vir. XXIV, 1*).

d) Quelle per le quali il valore è sì tenue, da essere considerate più presto come munuscoli, che come Donazioni (*fr. 31 §. 8 fr. 18 §. 1 fr. 16, 17, 21, pr. fr. 28 §. 1, 2, Dig. h. t. - cost. 21. Cod. eod.*).

e) Quelle nelle quali il Donatario non risente locupletazione, nè il Donante diminuzione di patrimonio (*fr. 5, §. 8, - 12, 16, fr. 8, 9, pr. fr. 32, §. 14. Dig. h. t.*), come la Donazione di un sepolcreto, odi uno schiavo affinchè sia manomesso ec.

f) Finalmente quelle in cui il Donante muore prima del Do-

natario, senza averle revocate (*fr 32, Dig. h. t.*). Se i conjugi morirono nella stessa calamità, per esempio in una inondazione, in un naufragio o simili, per dare efficacia alla Donazione, si presume che premorisse il Donante (*fr. 32, §.2, 3, 4, Dig. de donat. int. vir. et ux. XXIV, 1. - cost. 18, Cod. eod.).*

§. 416 La Donazione *Propter nuptias* collegandosi intimamente con la Dote, noi ne parleremo dopo avere esposto i principj generali su quella istituzione (*a*).

B) Patto della Dote

Dig. Lib. XXIII. Tit. 3 de Jure dotium - Tit. 5 de fundo dotali - Lib. XXIV. Tit. 3. Soluto Matrimonio dos quemadmodum petatur - Cod. Lib. V Tit. 12 de jure dotium - Tit. 13 de rei uxoriæ actione - Tit. 18 Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur - Tit. 23 de fundo dotali.

§. 417. La Promessa della Dote è, in Diritto Romano, un altro *Patto Legittimo*, vale a dire un patto rivestito di azione dalle Costituzioni Imperiali. - Ma prima di trattarne, è necessario dire della Dote in generale.

§. 418. Dote (*Dos, res uxoria*) è: *Tutto ciò che viene dato al Marito, sia dalla Donna, sia da altri, in nome di lei, avanti o durante il matrimonio, per sostenere gli oneri dell' unione conjugale: ad matrimonii onera ferenda* (*fr. 76 in f. Dig. de jure dot. XXIII, 3 - fr. 21 §. 1. Dig. de donat. int. vir. et uxor. XXIV, 1*). - Il sistema giuridico sulla Dote, (della quale nelle Istituzioni Imperiali è parlato per incidenza, soltanto nei Titoli 7 e 8 del Libro II) si è svolto in Diritto Romano assai lentamente: Nei primi tempi di Roma, la Donna essendo sempre nella *manus* del marito, non aveva patrimonio proprio; tut-

a) Intorno alle Donazioni sono da consultarsi le due Patrie leggi del 5 Gennajo 1551 e 2 Luglio 1787. Ambedue queste leggi richiedono la Insinuazione delle Donazioni *inter vivos*. Tali Donazioni debbono esser fatte in scritto per atto pubblico o privato, perchè la prova testimoniale delle medesime non sarebbe ammessa, qualora superassero i franchi 150. - Ove eccedano gli Scudi 700, oggi debbono essere insinuate negli Archivj del Tribunale di Prima Istanza, nel circondario del quale è domiciliato il Donante.

to ciò di cui essa aveva il dominio, passando in proprietà del marito, Dote era impossibile (Vedi Vol. 1, Lib. II, §. 151, 152, 153, pag. 292 - 297). Quando a lato dei Matrimonj con la in *Manum conventio*, ne occorsero altri *liberi*, ossia senza di quella, la Donna conservò in questi ultimi l'amministrazione ed il godimento dei suoi beni, il Marito non vi ebbe diritto alcuno. Quasi per transazione fra questi due sistemi opposti, fu poi ammesso il regime dotale. Il Marito dovè sobbarcarsi a tutti gli oneri dell'unione conjugale, ma la Donna contribuì a sostenerli con una somma di beni, che essa portò *in Dote*. La Dote non fu mai una condizione essenziale del Matrimonio, ma così generale e costante fu l'uso di costituirla, che si reputava disonorevole cosa per la Donna l'andarne priva. Venne poi tempo in cui la Dote fu considerata come una istituzione di pubblico interesse: per essa facilitandosi i Matrimonj, che la legislazione Romana fu sempre intesa a favorire, ed a moltiplicare (*fr.2 Dig. de jure dot. XXIII, 3 - fr. 1 Dig. sol. matrim. XXIV, 3*).

§. 419. In origine la Dote non era costituita per Contratto, sibbene con la dazione (*datio*) delle cose, che si voleva la componessero; di queste si trasferiva la proprietà nel marito mediante la *Mancipatio*, o l'*In jure cessio* se erano *res mancipi*; mediante la *Traditio*, se *res nec mancipi* (*Gajo II, 65*). Così si verificava la *Datio dotis*. - In seguito, quando si usò promettere una dote fu adoperata la *stipulatio*, ed il marito, stipulante, potè ottenere dal promittente, cioè da quello che per promessa aveva costituito la Dote, l'esecuzione della promessa, con *l'actio ex stipulatu*. E per cotal guisa si conobbe una *Promissio dotis*. Ma oltre questa forma generale di promettere Dote, si introdusse una forma peculiare, che fu appellata *Dictio dotis*, già ricordata nel trattare dei contratti Verbali (Vedi sopra §. 314 e 315 pag 101). Chi voleva costituire una Dote, poteva obbligarvisi, dichiarando quella sua volontà, con una formula solenne, che pare non addimandasse interrogazione precedente. Ignota ci è tal formula, ma è probabile che fosse simile a quella che occorre nell'Andria di Terenzio (atto IV. sc. IV,) come si può rilevare da alcuni frammenti delle Pandette, i quali a tale *dictio dotis* senza dubbio si riferivano (*fr. 25. fr. 44,*

§. *1 fr. 46* §. *1 etc. Dig. de jure dot.*), e che fosse per conseguenza così concepita, *X doti tibi erunt - Fundus Sempronianus doti tibi erit - etc.* - Per le quali cose, Ulpiano nel descrivere i modi, coi quali la Dote veniva costituita ai suoi tempi, ebbe a dire: *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur* (*Ulp. VI*, 1). Sappiamo che ogni cittadino era capace della *Datio* e della *Promissio Dotis*, perchè forme generali del Diritto Civile; ma la *Dictio dotis*, forma speciale ed eccettuativa, era permessa soltanto alla Donna, assistita dal Tutore, ai suoi ascendenti maschi ed al debitore di lei, quando essa gli avesse espressamente comandato di *dicere dotem* (*Gajo Epitom. II*, 9, 3 - *Ulp. VI*, 2. *Vat. fr. 99*). Venne poi tempo in cui, qualunque fosse stato il modo di promettere la Dote, dalla promessa nasceva obbligazione (*cost. 6. Cod. de dotis promissione et nuda pollicitatione V*, 11); alla *dotis dictio* fu dunque sostituita la *pollicitatio dotis*, ossia la promessa, fatta per semplice patto. Tale *pollicitatio dotis*, attesa la variazione avvenuta nelle forme *della stipulatio*, non differiva sostanzialmente nell'epoca Giustinianea, dalla Dote stipulata ossia dalla *Promissio dotis;* laonde in quest' epoca si potè asserire, che la Dote si costituiva in due modi: con la Dazione (*datio*), e con la Promessa (*promissio*); la quale promessa, ripetesi, era divenuta un patto legittimo, perchè dalle Costituzioni Imperiali rivestita di azione. - La Dote può essere costituita ancora per atto di ultima volontà; se qualche valore è stato legato alla Donna *dotis nomine*, essa è obbligata a costituirselo in Dote; ed ove al marito sia stato lasciato per legato qualche cosa come Dote della sua moglie, la costituzione della Dote si fonda in tal caso sul legato stesso. - La Dote è costituita, appena viene assicurata al Marito, (*fr. 9.* §. *2, Dig. de jure dot. XXIII*, 3), qualunque d' altronde sia il modo di quella assicurazione - La costituzione della Dote, non si presume mai - Chi attribuisce ad una cosa il carattere dotale, deve dimostrarlo. - Questa costituzione può precedere il Matrimonio, o può verificarsi *durante* il medesimo; e durante il Matrimonio può essere la Dote aumentata (*Paolo II*, 21, 1 - *Istit.* §. 3 *de donat. II*, 7 - *cost. 20 Cod. de donat. ant. nuptias V*, 3). Se precede il Matrimonio, si intende sottoposta alla tacita condizio-

ne, che esso avvenga *sed ante nuptias data, earum expectat adventum* (*Paolo II, 21. 2 - fr. 21, - 41, §. 1 Dig. de jure dot. XXIII, 3*), perocchè sia massima fondamentale in questa materia: *Dos sine matrimonio esse non potest* (*fr. 3. Dig. de jure dot. XXIII, 3*). La Dote può essere costituita o aumentata durante il Matrimonio eziandìo dalla Donna stessa; nè a questo si oppone il divieto delle donazioni fra i Conjugi, perocchè sebbene il marito acquisti la dote, dovendola egli impiegare a sostenere gli oneri Matrimoniali, non si può considerare come una liberalità a suo riguardo (*fr. 7. §. 3. fr. 25, 26, 27, 32, Dig. de jure dot. XXIII, 3 - cost. 19, 20, Cod. de don. ante nupt. V, 5*).

§. 420. La Dote viene distinta in Profettizia, ed Avventizia. Dicesi *Profettizia*, quando è costituità dal Padre, o da un altro ascendente agnato della Donna: *Avventizia*, quando è costituita da chiunque altro, compresa la Donna stessa (*Ulp. VI, 3. - fr. 5 pr. §. 9. 11, Dig. de jure dot., XXIII, 3*). La Dote *Avventizia* assume il nome di *Receptitia*, quando con chi la costituì fu convenuto, doverglielasi restituire al verificarsi dello scioglimento del Matrimonio (*Ulp. VI, 6 - fr. 31. §. 2. Dig. de mortis causa donat. XXXIX, 6*). La Dote *Avventizia* che non è stata dalla Donna costituita a se medesima, è quasi una Donazione a favore di lei; infatti essa se ne avvantaggia durante il Matrimonio, e sciolto il medesimo, può (come vedremo) ripeterla, e ritenerla per se (*fr. 33. in f. Dig. de jure dot. XXIII, - 3. cost. 31. pr Cod. eod. V, 12*).

§. 421. Obbligato a costituire la Dote alla Donna, è per legge, il padre di lei; ed in Gius nuovo vi è obbligato, sebbene la figlia sia emancipata. Se egli è morto, o è povero, quell' obbligo incombe all' avo paterno (*fr. 19, Dig. de ritu nupt. XXIII, 2 - fr. 5 §. 8. Dig. de jure dot. XXIII, 3, - fr. 6. Dig. de collat. XXXVII, 6 - cost. 7, Cod. de dotis promis. V, 11*). La Madre è obbligata soltanto per gravi ragioni, o quando essa sia eretica, e la figlia ortodossa (*cost. 14 eod. de jure. dot. V, 12 - cost. 19, §. 1, Cod. de heret. L. 5*). Benchè la Donna abbia un patrimonio suo particolare, non è obbligata civilmente a dotare se stessa, non vi è insomma un mezzo giuridico per co-

stringerla a farlo, ma quello che avesse dato a titolo di Dote non potrebbe poi essere ripetuto con la *condictio indebiti* (*fr. 32 §. 2, Dig. de condict. indeb. XII, 6 - cost. 7. Cod. de dotis promis. V. 11*). Il Padre adottivo è obbligato, alla pari del Padre legittimo e naturale, a dotare la sua figlia di adozione (*fr. 5 §. 15, Dig. de jure dot. XXIII, 3*). Queste persone obbligate a dotare, debbono costituire alla Donna una Dote *congrua*, cioè proporzionata al patrimonio alla condizione loro e del marito; se la Dote non è *congrua*, la Donna può ottenere un supplemento di Dote (*a*).

§. 422. Objetto di Dote, può essere tutto ciò che può arrecare un incremento al patrimonio del Marito; tutte le cose dunque, che hanno un valore commerciabile, sì mobili che immobili, tanto corporali quanto incorporali, come presenti così eventuali possono essere costituite in Dote (*cost. 4. Cod. de jure dot. V. 12 - fr. 44, 45 80, Dig. eod. XXIII, 3*). Perfino la remissione di un debito al marito (*fr. 41, §. 2, Dig. h. t.*), e la renunzia fatta a suo favore ad un diritto del costituente (*fr. 5. §. 5. Dig. eod.*), possono essere maniera di costituire la Dote. Questa può avere per objetto eziandio tutto il patrimonio di chi la costituisce (*fr. 72. pr. Dig. de jure dot. XXIII, 3 - cost. 4 Cod. eod. V, 12*), se non che in tal caso, come nell'altro della *Donatio omnium bonorum* (Vedi sopra §. 399 pag. 193), si intende che la Dote sia estesa a tutto il patrimonio, ma depurato dai debiti; e la Dote così costituita, non è mai una successione a titolo universale pel marito, il quale non

(*a*) Presso di noi la Dote si suole costituire prima della Dazione dell'anello. Se fosse costituita dopo non godrebbe dell'ipoteca legale generale, stabilita dall'articolo LXIV, num. 1 della patria Legge del 2 Maggio 1836. Per assicurarla, sarebbe necessario instituire una Ipoteca speciale, suscettibile delle eccezioni, che i terzi creditori del Marito reputassero potere opporre alla medesima. - Obbligati a costituire la Dote sono appo noi, oltre il padre, l'avo paterno e la madre, i fratelli, che escludono le donne dall'eredità del padre, dell'avo o della madre. Le femmine escluse dalla successione dei loro congiunti in terzo e quarto grado, per l'esistenza di agnati maschi di esse più lontani dal defunto, hanno diritto di ottenere dall'escludente in proporzione della eredità da esso acquistata, dote congrua in caso di Matrimonio (Vedi la legge del 18 Agosto 1814, art. 35 e seguenti). Le donne escluse, garantiscono questo loro Diritto alla Dote, mediante l'iscrizione del benefizio della separazione dei Patrimoni (art. XX. cit. leg. 2 maggio 1836).

risponde personalmente dei debiti, che facevano carico a quel patrimonio (*fr. 72. Dig. h. t. - cost. 4 Cod. eod. - fr. 39. Dig. de verb. signif. L. 16*). La promessa della Dote, come ogni altra obbligazione, deve avere un objetto determinato, o almeno determinabile; quindi è nulla la promessa di Dote, senza indicare la quantità o la qualità delle cose da darsi in Dote (*cost. 1 Cod. de dot. promis. V, 11*). Ma se il promittente avesse promesso una quantità *ad arbitrio* (*arbitratu meo*) si intenderebbe che avesse inteso riferirsi ad *arbitrium boni viri*, e starebbe al giudice il dichiarare tal quantità (*fr. 69 §. 4. Dig. h. t. - cost. 3, Cod. de dot. promis. XXIII, 2*). Se poi il promittente la Dote, fosse il Padre, o l'avo, la sua promessa varrebbe sebbene assolutamente indeterminata nella quantità, e non relativa *ad arbitrium boni viri*, perocchè la legge stabilisce che egli debba dare una Dote *congrua* (*Vedi sopra §. 262 pag. 41 - Cujacio. Comment. in Lib. IV, Resp. Papin. ad h. l. T. IV, pag. 909*). - *Averani interp. jur. Lib. IV, cap. 15 n.° 8, 10*).

§. 423. Ogni Dote, che non consista in una somma di danaro, può nel momento della costituzione, venire stimata in un certo prezzo o valore (*dos æstimata*). Questa stima può avere un intendimento differente, cioè può essere fatta *Taxationis causa, o Venditionis causa*. È fatta *Taxationis causa*, se si volle sapere mediante la medesima a quanto ammonta ciò che la Donna si costituì in Dote; è fatta *Venditionis causa*, quando per quella stima il Marito volle farsi debitore del valore della Dote; ed allora si reputa compratore delle cose dotali, e debitore del loro prezzo. Nel dubbio sull' intendimento che ebbero le parti nello stimare la Dote, ci sembra debba presumersi, la Dote essere stata stimata *taxationis causa*; avvegnachè debba sempre ritenersi la massima semplicità nei contratti, e la minima estensione possibile nelle obbligazioni : e la stima *venditionis causa*, importa oltre alla costituzione della Dote, eziandìo una Compra e Vendita degli objetti che la costituiscono.

§. 424. Meritano esame i *Diritti del Marito sulla Dote*. In antico la Dote diveniva proprietà del Marito, il quale poteva disporre ad arbitrio dei beni che la componevano; aveva facoltà di ipotecarli, di venderli, o altrimenti alienarli: perchè ne aveva

acquistato il Dominio, coi modi proprj della traslazione del medesimo. Una prima limitazione a siffatto suo Diritto, assoluto, esclusivo, ed irrevocabile, fu l'obbligo impostogli di restituire la Dote all'epoca dello scioglimento del Matrimonio; ma quest'obbligo non fu in origine sanzionato con garanzie reali; contro di lui poteva sperimentarsi soltanto una azione personale per costringerlo a quella restituzione; fu unicamente col tempo, che una ipoteca legale generale e privilegiata, venne stabilita a suo carico. Un altra limitazione al Dominio del Marito sulla Dote, derivò da un Plebiscito dei tempi di Augusto, conosciuto sotto il titolo di *Lex Julia de adulteriis et de fundo dotali* (*Paolo II*, 21). Frequentissimi essendo divenuti i Divorzj in Roma, si volle ovviare al pericolo che il Marito scacciasse dalla casa conjugale la Moglie, dopo averle dissipato la parte più importante della Dote, ossia gli immobili. A questo effetto, quella *Lex Julia* proibì nel Suolo Italico di *ipotecare* il fondo dotale, *ancorchè vi consentisse la Moglie*, e proibì di *venderlo senza il suo consenso*. La legge oppose maggiore ostacolo all'oppignoramento che alla Vendita del fondo dotale, vale a dire dell'immobile che doveva essere restituito, sciolto il Matrimonio (*fr.* 13, §. 2 3, *Dig. de fundo dotali XXXIII*, 5), considerando che la Donna doveva essere più riluttante ad una vendita presente ed effetiva, che ad una vendita futura ed eventuale, come quella derivante dall'esercizio del Diritto del creditore ipotecario. Per Giustiniano venne modificato quel Plebiscito, col togliere ogni differenza fra il fondo situato nel Suolo Italico, e quello situato nel Suolo Provinciale: e fra l'oppignoramento e la vendita del fondo medesimo; e fu stabilito, che non fosse lecito al Marito, nè di oppignorare, nè di vendere il fondo dotale, neppure col consenso della Moglie, in qualunque luogo fosse quel fondo situato (*Istit. pr. quib. alien. licet. vel non II*, 8 - *cost. un.* §. 15. *Cod. de rei ux. act.* *V*, 13). Il divieto al Marito di vendere il fondo dotale, fu esteso a qualunque alienazione, ancorchè operata con la costituzione di un qualche *jus in re*, come di una Servitù prediale (*fr.* 5. *fr.* 13 §. 2 *Dig. de fundo dotali XXIII*, 5), e perfino alla alienazione indiretta, che si compie col lasciare usucapire; infatti il fondo dotale non poteva essere

usucapito, se l'usucapione non aveva avuto principio prima del Matrimonio(*fr. 16 Dig. de fundo dot. XXIII, 5 - fr. 28 Dig. de verb. signif. L, 16*). In Gius nuovo il principio, che il Marito è proprietario (*Dominus*) della Dote, rimane; infatti nelle Compilazioni Giustinianee, è il Marito in quel modo qualificato (*Istit. pr. quib. alien licet. vel non II, 8 - fr. 7 §. 3, fr. 9, §. 1, fr. 67, fr, 75 in f. Dig. de jure, dot. XXIII, 3 - fr. 13 §. 2, Dig de fundo dotali XXIII, 5 - fr. 47, §. 6, Dig. de peculio XV, 1 - cost. 23. Cod. de jure dot. V, 12 - cost. 7 Cod. de servo pign. dato manom. VII, 8*); quel Dominio del marito subisce per altro tali limitazioni, che molti interpreti del Diritto Romano glielo negano, ritenendo che sui beni dotali egli abbia piuttosto un *jus in re*, sui generis, analogo all' usufrutto comunque più esteso di quello (*Vedi Donello Comm. Jur. Civ. XIV, 4*) E si appoggiano ancora sopra due luoghi del testo, ove si trova detto, che la Dote è della Donna (*dos mulieris est*), e che le cose dotali *ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio* (*fr. 75 Dig. de jure dot. XXIII, 3 - cost. 30, Cod, de jure dot. V, 12*) . Ma con queste parole non si vuol dire altro, che la Dote serve a provedere al mantenimento della Donna, e che a lei ritorna sciolto il Matrimonio. Noi riteniamo adunque, che considerando la questione specialmente dal punto di vista istorico, si debba seguitare a dire, che il Marito è proprietario della Dote, ma che quel suo Dominio ha subito importanti limitazioni. Tali sono infatti:

a) L' obbligo di restituire la Dote, sciolto il Matrimonio

b) L' obbligo d' impiegare la Dote, a sostenere gli oneri matrimoniali

c) La proibizione di alienare e di ipotecare il fondo dotale, proibizione per altro, che non si estende alle alienazioni necessarie, come p. e. a quella richiesta da un comproprietario, che vuole sciogliere il condominio (*cost. 2 Cod. de fundo dot V, 23*), a quella conseguenza della immissione in possesso di un vicino per ragione di *damnum infectum* (*fr. 1 pr. Dig. de fundo dot. XXIII, 5*). La proibizione al marito di alienare il fondo dotale è così rigorosa, che l' alienazione fatta in spreto della medesima, è radicalmente nulla, e non può neppure servire

di titolo di Usucapione all'acquirente di buona fede. La moglie ed i suoi eredi possono (se hanno diritto di chiedere la restituzione della Dote), rivendicare quel fondo in mano di chiunque (*cost. 30 in fine Cod. de jure dot. V; 12 - fr, 13 §. 3 Dig. XXIII, 3*), e durante il matrimonio quella azione non si prescrive. Ma il Marito ed i suoi eredi, dovendo garantire l'alienazione del fondo dotale, non potrebbero attaccarla nel loro interesse (*fr. 17 de fundo dotali XXIII 5 - fr. 3 Dig. de exc. rei vend. et trad. XXI, 3 - cost. 11 Cod. de evict. VIII, 45*), il Marito lo potrebbe, soltanto nell'interesse della moglie (*arg. cost. 16 Cod. de præd. min. non alien. V, 71*). Di fronte a queste limitazioni gravissime al Dominio del Marito sulla Dote, stanno i seguenti suoi Diritti importanti:

1.° Egli ha l'amministrazione dei beni dotali, senza essere obbligato a prestare cauzione, nè a render conto (*fr. 7 pr. fr. 10 §. 3 Dig. de jure dot. 23, 3 - cost. 20 Cod. eod. V. 12 - cost. Cod. ne fidejus. V, 20*).

2.° Gode dei frutti, e ne acquista la proprietà per accessione senza bisogno dunque, di separazione, e molto meno di percezione (*fr. 78 Dig. de jure dot. XXIII, 3*). Acquista le Accessioni tutte del fondo dotale, sebbene debba restituirle insieme con la Dote, all'epoca dello scioglimento del Matrimonio (*fr. 10 §. 2, fr. 32 Dig. de jure dot. XXIII, 3 - fr. 7 §. 12 Dig. sol. matrim. XXIV, 3*).

3.° Può manomettere gli schiavi, che fanno parte della Dote; e manomettendoli, ne diviene patrono, con tutti i Diritti inerenti a questa qualità (*fr. 61 64 Dig. Sol. matrim. XXIV, 3 - fr. 3 §. 2 Dig. de suis et legit. hered. XXXVIII, 16 - cost. 3 Cod. de jure dot. V, 12 - cost. 7 Cod. de servo pign. VII, 8*). Gli schiavi dotali, acquistano per lui, e dietro suo ordine (*fr 50 Dig. sol. matrim. XXIV, 3*).

4.° Acquista mediante la Usucapione, la Proprietà delle cose costituitegli in Dote, qualora non fossero appartenute al costituente (*Dig. pro dote IV, 9 - Cod. eod. VII, 28 - Gajo II, 63 - fr. 66 Dig. de jure dot. XXIII, 3*),

5.° Ha facoltà durante il Matrimonio, di esperimentare tutte le azioni relative ai beni dotali, e specialmente la *Rei vindicatio*,

la *Publiciana in rem actio, l' actio Furti*, e *l' actio legis Aquiliæ* (*cost.* 11 *Cod. de jure dot. V,* 12 - *fr.* 18 §. 1 *Dig sol. matrim. XXIV.* 3 - *fr.* 49 §. 1 *Dig. de furtis XLVII,* 2). La *rei vindicatio* può intentarla perfino contro la moglie (*fr.* 24 *Dig. rer. amot. XXV,* 2), mentre questa non ha facoltà di sperimentarla (*cost.* 9 *Cod. de rei vindic. III,* 32).

6.º Gli è lecito alienare i mobili dotali, anche senza il consenso della moglie (*Ist. pr. quib. alien. lic. II,* 8 - *fr.* 42 *Dig. de jure dot. XXIII,* 3), disporne a favore di un estraneo, esigere ed incassare i danari dotali, senza bisogno che la moglie gliene faccia cessione (*cost.* 2 *Cod. de oblig. et act. IV,* 10).

7.º Morendo trasmette la Dote ai suoi eredi (*fr.* 1 §. 1 *Dig. de fund. dot. XXIII,* 5 - *fr,* 62 *Dig. de acq. rer. dom. XLI,* 1). Sebbene passi in essi l' obbligo di restituirla. (a)

§. 425. Gli obblighi del Marito per riguardo alla Dote, sono diversi a seconda dell' epoca.

1.º *Durante il matrimonio*, deve impiegare i frutti della Dote per sopperire agli oneri matrimoniali; tutte le spese di cultura e di manutenzione dei fondi dotali, sono a suo carico, perchè durante il Matrimonio ritrae tutto l' utile di cui i beni dotali sono suscettivi (*fr.* 3 §. 1 *fr.* 13, *fr.* 16 *Dig. de imp. in rem. dot. fact. XXV,* 1).

2.º *Sciolto il Matrimonio*, finisce il Diritto del Marito sulla Dote, perchè cessa lo scopo ad intuito del quale era costituita, e di essa egli deve fare la restituzione.

a) Quando il Matrimonio si scioglie per morte Naturale o Civile della Donna, il Padre o l' Avo Paterno, hanno per la Legislazione Giustinianea, il Diritto di farsi restituire la Dote che hanno costituito, e ciò affinchè non risentano *et filiæ amissæ et pecuniæ damnum* (*fr.* 6 *pr. Dig. de jure dot. XXIII,* 3 - *fr.* 5 *Dig. de divort. XXIV,* 2 - *fr.* 10 *pr. fr.* 59 *Dig. Sol. ma-*

(a) Per le nostre patrie Leggi, la Dote una volta costituita, non può essere distratta nè dalla Moglie, nè dal Marito, senza l' autorizzazione del Giudice. In Pratica si ritiene, che i Pretori possano autorizzare le *Donne* ad obbligare o distrarre metà della loro Dote, e che per le distrazioni e obbligazioni superiori a tal metà, sia necessaria l' autorizzazione del Tribunale di Prima Istanza (Vedi in proposito la legge del 15 Novembre Tit. 3 Artic. 6 - e la legge del 20 Novembre 1838 art. 26, 27, 28 e seg.).

trim. XXIV, 3). E questa restituzione della dote Profettizia, deve esser loro fatta nonostante l'esistenza di figli nati dal Matrimonio, che con la morte della Donna si scioglie. Nel Diritto antico, il marito aveva in tal caso il Diritto di ritenere *un quinto* di Dote per ogni figlio, e per conseguenza tutta la Dote se i figli erano cinque o più (*Ulp. VI*, 4 - *Vatic. fragm.* 108); ma questa ritenzione fu soppressa da Giustiniano (*cost. un.* §. 5 *Cod. de rei ux. act* V, 13), talchè rimase inconcussa la regola, che la Dote profettizia deve ritornare al padre ed all'avo (*fr.* 17 *Dig. ad S. C. Maced.* XIV, 6 - *fr.* 78 §. 1 *Dig. de jure dot.* XXIII, 3 - *cost.* 4 *Cod. Sol. matrim.* V, 18). Se l'avo od il padre, che avrebbero diritto a quella restituzione, fossero defunti, quando il Matrimonio si scioglie per morte naturale o civile della Donna, la Dote deve essere restituita agli eredi di lei (*cost. un.* §. 6 *Cod. de rei ux. act.* V, 13), e non rimane al marito come in antico (*Ulp. VI*, 4 - *fr.* 79 *pr. Dig. de jure dot.* XXIII, 3 - *fr.* 6 *Dig. de collat.* XXXVII, 6) (a). La Dote *Avventizia* si trasmette alla morte della Donna agli eredi di lei (*cost. un.* §. 6, 13 *Cod. de rei ux. act.* V, 13), ammenochè il costituente non ne avesse pattuito la restituzione a suo favore. In Gius Nuovo non è più dunque un acquisto del Marito, come nell'Antico, (*Ulp. VI*, 5). (b)

b) Qualora il Matrimonio si sciolga vivente la moglie, vale a dire o per divorzio, o per morte civile o naturale del marito,

(a) Il principio del Diritto Romano, che la Dote Profettizia dovesse ritornare al padre ed all'avo, nonostante che la Donna lasciasse dei figli, in Pratica fu ben presto attaccato. Celebre è la controversia in proposito fra Bulgaro e Martino. Bulgaro voleva fosse rispettata quella regola del Diritto Romano, Martino la impugnava. (Gravina de Orig. Jur. Lib. I. cap. 146). La teorica di Martino sebbene sia riprovata dai Colti (Donello de jur. civ. Lib. 14 cap. 6 §. 5 pag. 1035 tomo 3 - Noodt lib. 24 tit. 3 pag. 403) prevalse per la sua equità.

(b) Presso di noi alla morte della donna, sulla sua Dote, di qualunque indole sia o Profettizia e Avventizia, si apre una successione ereditaria governata dalle regole ordinarie proprie delle successioni tutte, cioè dalle regole prescritte dall'Editto Successorio del 18 Agosto 1814 - La moglie che premuore senza figli del comune matrimonio, o loro discendenti, non può disporre in pregiudizio del Marito della metà della sua Dote, che come lucro dotale deve appartenere al Marito stesso, sebbene la Moglie predetta abbia lasciato figli di altri Matrimonj precedenti (art. 5 legge del 15 Novembre 1714 Tit. 4.º).

la Donna ed i suoi eredi (checchè ne fosse in Gius Antico *Ulp. VI, 6 - fr. 2 Dig. XXIV,* 3) in Gius Nuovo acquistano la Dote, senza distinguere se è profettizia, o avventizia (*cost. un.* §. *4,* 13 *Cod. de rei ux. act. V,* 13), ammenochè non fosse una Dote *Receptitia*, dovendosi in questo caso rendere al costituente, che se ne è assicurato la restituzione.

3.° Per regola, durante il Matrimonio, la Dote non può essere richiesta al Marito, nè da lui restituita, conciossiachè la restituzione della Dote si convertirebbe in una Donazione, che il marito farebbe alla Moglie (*cost. un Cod. si dos constante matrimonio soluta fuerit V,* 19 - *Nov. 22 cap.* 39), Donazione che non potrebbe essere esclusa, che dalla dimostrazione di un motivo particolare, che esigesse quella restituzione, verbigrazia il bisogno della Donna di alimentare il genitore nell'esilio, di soccorrere il fratello, la sorella miserabile, di redimerli dalla schiavitù (*fr. 75* §. 1 *Dig. de jure dot.* XXIII. 3 *fr. 20 Dig. sol. matrim.* XXIV. 3). Per eccezione la Donna può ottenere la *restituzione* della Dote dal Marito, durante il Matrimonio, se questi volge all' indigenza, *vergit ad inopiam* (*fr. 24 Dig. sol. matrim.* XXIV. 3 - *cost. 29 Cod. de jure dot. V,* 12); può conseguire una *assicurazione* della medesima mediante sequestro o cauzioni, qualora il marito l'amministri male (*fr. 22* § 8 *in f. Dig. sol. matrim.* XXIV, 3); ma i frutti della Dote debbono in qualunque caso essere sempre impiegati a sostenere gli oneri matrimoniali (*cost. 29, Cod. de jure dot.*).

§. 426. *Objetto della restituzione della Dote*, è tutto quello che la compone.

a) Allorchè la Dote constava di una somma di danaro, o di una quantità di cose fungibili, il marito deve restituire altrettanto del medesimo genere e qualità. Egli ha quest' obbligo, sebbene le cose che ebbe, fossero perite per caso fortuito, perocchè può sempre sodisfare alla obbligazione di restituirle *in genere* (*fr.* 10 *fr. 42 Dig. de jure dot.* XXIII, 3 - *fr. 66 pr. Dig. sol. matrim.* XXIV, 3). Se poi la dote fosse consistita in altre cose, individualmente determinate, sieno esse mobili od immobili, dovrebbe restituirle nello stato in cui si trovano,

senza sua colpa; e se fossero deteriorate per caso, questo non ricadrebbe a suo carico (*fr.* 10 *pr. fr.* 18 *Dig. de jure dot.* XXIII, 3 - *fr.* 51, *fr.* 66 §. 3 *Dig. sol. matrim.* XXIV, 3 - *cost.* 10 *Cod. de jure dot. V,* 12 - *cost. un.* §. 9 *Cod. de rei ux. act. V,* 13). Ciò è vero, quando quelle cose che compongono la Dote, gli furono date senza stima precedente. Che se gli fossero state date dietro stima, e questa fosse stata operata *venditionis causa*, egli avrebbe la scelta o di pagare la stima di quelle cose, o di riconsegnarle nello stato in cui sono senza sua colpa (*fr.* 10 §. 6 *Dig. de jure dot.* XXIII, 3); Ed alla pari di ogni debitore di una obbligazione alternativa, dovrebbe prestare la cosa rimasta, se l' una di quelle promesse alternativamente perisse; e per conseguenza dovrebbe prestare la stima delle cose dotali, se esse per caso fortuito fossero perite (*fr.* 10 §. 6, *fr.* 12 §. 1, *fr,* 69, §. 7 *Dig. de jure dot.* XXIII, 3 - *cost,* 5, 21 *Cod. eod.*). Che se poi la stima fosse stata eseguita *venditionis causa,* dovrebbe restituire non le cose stimate, sibbene il prezzo loro; attalchè come debitore di una somma di danaro, a suo carico sarebbe la perdita o la distruzione delle cose stimate (*fr.* 18 *Dig. de jure dot.* XXIII, 3 - *fr.* 51 *e fr.* 66 §. 3 *Dig. Sol. matrim.* XXIV, 3).

b) Insieme con la cosa principale, il Marito deve restituire le Accessioni, che si sono verificate durante il Matrimonio (*fr.* 38 §, 12 *Dig. de Usuris* XXII, 1 - *fr.* 4 *fr.* 7 §. 1 *fr.* 10 §. 1, 2, 3 *fr.* 47, *fr.* 65 *Dig: de jure dot.* XXIII. 3 - *fr.* 5, *fr.* 6 *fr.* 25 §. 4 *fr.* 31 §. 4 *Dig. sol. matrim. XXIII,* 3 - *cost. un.* §: 9 *Cod. de rei ux. act. V,* 13). Non debbono per altro, essere restituite le accessioni delle cose dotali stimate *venditionis causa,* perchè con la stima cessarono di essere dotali, e dote fu la stima, o prezzo della vendita (*fr.* 18 *Dig. de jure dot.* XXIII, 3 - *fr.* 66 §. 3 *Dig. sol. matrim.* XXIV, 3 - *cost.* 10 *Cod. de jure dot. V,* 12 - *cost. un.* §. 9 *Cod. de rei ux act. V,* 13). Il tesoro trovato nel fondo dotale, come accessione, deve pure essere restituito; ma il Marito potrà ritenerne la metà se per avventura, ne fu l' inventore (*fr.* 7 - §. 12 *Dig. sol. matrim.*). I frutti, sì civili che naturali della Dote, non debbono da lui essere restituiti, essendo suoi, ed

egli dovendoli impiegare a sostenere gli oneri matrimoniali. Quando il Matrimonio ha sussistito durante più periodi di frutti, appartengono tutti al marito: ed egli non deve restituirli; ma se il Matrimonio è cominciato od è cessato durante un periodo di frutti, al marito spetta una parte dei medesimi, proporzionale al tempo durante il quale il Matrimonio ha sussistito in quel periodo - Esempigrazia, se nell' anno necessario a maturare le messi, il Matrimonio è durato un quadrimestre, a raccolta la terza parte di esse, detratte le spese, spetta al marito (*fr* 7 §. 1 *Dig sol. matrim.* XXIV, 3).

c) Se la Dote consisteva in un *jus in re*, costituito *dotis nomine*, questo cessa nel momento in cui il Matrimonio si scioglie (*fr. 78 pr.* §. 1 3 - *fr. 66 Dig. de jure dot.* XXIII, 3 - *fr.* 57 *Dig, sol. matrim.* XXIV, 3).

d) Ove la Dote fosse consistita in un credito, questo deve essere riceduto se non fu riscosso, altrimenti devesi restituire il retratto.

e) Il debito rimesso al marito *dotis nomine*, rivive; e la rinunzia a favore del marito operata anch' essa *dotis nomine*, si ha per non fatta (*fr.* 12 §. 2 *fr* 43 *pr. Dig. de jure dot.* XXIII. 3 - *fr.* 14 §. 3 *Dig. de fund. dot.* XXIII, 5).

§. 427. Il Marito nella esecuzione delle sue obbligazioni, concernenti la Dote, è obbligato a adoperare soltanto quella diligenza, che adopera nella gestione dei proprj affari: *diligentiam qualem suis rebus adhibere solet* (*Vedi sopra* §. 248 *n°* 3 *pag.* 27): e gode inoltre del benefizio della competenza, ossia non può essere condannato se non *in quantum facere potest.* (*Vedi sopra* §. 242 *lett.* *b* *pag.* 18 *e* 19).

§. 428. Il marito, richiamato a restituire la Dote, ha diritto di essere rimborsato delle spese, che ha fatto per la medesima. Per le *spese necessarie* la legge gli accorda un *jus compensationis et retentionis*, perocchè sia massima incontrovertibile, che le *impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt* (*Ulp. VI,* 14 - *Istit.* §. 37 *de act. IV,* 6 - *fr.* 56 §. 3 *Dig. de jure dot.* XXIII. 3 - *fr.* 1, 5 *fr.* 7 §. 1 *Dig. de impensis in res dotales factis* XXV, 1). E se avesse restituito la Dote, senza esercitare tal compensazione, avrebbe la *condictio indebiti* o *si-*

ne caussa per farsele abbuonare. Per le spese *utili*, ha un *actio mandati*, *o negotiorum gestorum*, secondo che le fece col consenso espresso o tacito della moglie, oppure ad insaputa di lei (*Ulp. VI*, *4* - *fr. 5* - *10 Dig. de imp.* XXV, 1 - *cost. un.* § *4 Cod. V*, 14). Per le spese voluttuose, ha l' *jus tollendi* (*Ulp. VI*, 14 - *fr. 7 fr. 9 fr.* 11 *fr.* 14 §. 2 *de imp.* XXV, 1 - *cost· un.* §. 5 *Cod. V.* 13).

§. 429. L' *epoca in cui la Dote deve essere restituita*, è variata a seconda dei tempi. In antico la restituzione delle cose fungibili, che componevano la Dote, si faceva in 3 pagamenti annui; le altre cosa dovevano essere restituite subito (*Ulp. VI*, 8). Giustiniano per gli immobili ordinò una restituzione immediata, per i mobili accordò un anno a farla (*cost. un.* §. 7 *Cod. de rei ux. act. V*, 13). Il luogo della restituzione, per le cose mobili, è il domicilio del marito (*fr. 65 Dig. de Judiciis V*, 1).

§. 430. A corona di quanto abbiamo detto sulla Dote, sono da esaminare le *azioni relative alla medesima*.

a) Il marito, cui per promessa è stata costituita la Dote, ha una *condictio ex lege* per ottenere l' adempimento di quella promessa (*cost.* 6 *Cod. de dotis promissione et nuda pollicitatione V*, 11). Se egli soffre evizione, può intentare l' *actio ex stipulatu* per ottenere l' adempimento della promessa non eseguita. L' evizione, che egli soffre nella Dote consegnatagli dietro stima, fatta *venditionis causa*, gli dà diritto a valersi di quei mezzi giuridici che ha ogni compratore evitto; ma, non ha ricorso alcuno contro il costituente la Dote, non stimata o stimata *taxationis causa*, per la Evizione sofferta relativamente a cotale Dote, quando il costituente ha agito in buona fede (*Vat. fr.* 105 - *fr.* 16 - *54 Dig. de jure dot.* XXIII, 3 - *cost.* 1 *Cod eod. V*, 12). Per garanzìa del suo credito, Giustiniano diede al Marito un' ipoteca legale sui beni del costituente la Dote (*cost. un.* §. 1 *Cod. de rei ux. act. V*, 13).

b) Il costituente la Dote, quando il Matrimonio ad intuito del quale la costituì, non si è verificato, può ripetere con la *condictio causa data*, *causa non secuta* le cose corporali, che ha consegnate allo sposo, e delle quali per causa di Dote gli ha

trasmesso la proprietà *(fr. 6, fr. 7 §. 1, fr. 8 Dig, de cond. c. d. c. n. s.* XII. *4 - fr. 10 Dig. de spons.* XXIII, *1 - fr 7 §. 5, fr. 8, fr. 9 pr. §. 1 Dig. de jure dot.* XXIII, 3) e se non gli trasmise la proprietà di quelle può rivendicarle (*fr. 7 §. 3, fr. 9 pr. §. 1 Dig. de jure dot.* XXIII, *5*). Lo sposo non ha azione contro il costituente per ottenere l' esecuzione della promessa, allorchè la Dote fu promessa con la condizione *si nuptiæ fuerint secutæ,* (condizione che si presume sempre), e tal condizione non si verificò (*fr. 21 e 23 Dig. de jure dot.* XXIII, *5*).

c) In Gius Antico, il padre della Donna, o la Donna istessa, che avessero stipulato espressamente la restituzione della Dote, avevano l' *actio ex stipulatu de dote reddenda*, per conseguire quella restituzione; questa azione era di *stretto gius*, attalchè il marito doveva restituire tutto quanto aveva ricevuto, quand' ancora per farlo fosse ridotto all' estrema miseria. Se non avevano espressamente stipulato quella restituzione, avevano l' *actio rei uxoriæ, seu actio dotis*, che era una azione di buona fede, la quale non passava agli eredi dell' attore (*Ulp. VI, 6*). L' estraneo, il quale nel costituire la Dote aveva stipulato, che allo scioglimento del Matrimonio gli fosse restituita, aveva a quest' effetto l' *actio ex stipulatu* (*cost. un. §. 2. Cod. de rei ux act. V, 13*). Giustiniano fuse insieme queste due azioni, e volle, che qualunque fosse stato il modo di costituzione della Dote, ed il modo col quale il Marito si fosse obbligato a restituirla, si sperimentasse l' *actiô ex stipulatu;* cui per altro, diede il carattere di azione di buona fede (*cost. un. Cod. de rei ux. act. V, 13*). Siffatta azione si intenta dalla Donna *sui juris*, ma ove sia sotto la patria potestà, è intentata dal suo paterfamilias col consenso espresso o tacito di lei *(fr. 22 §. 2, 6, 9 Dig. sol. Matrim.* XXIV, *5*). Viene intentata contro il marito o suoi eredi, se costui come persona *sui juris* ha ricevuto la Dote, altrimenti contro il *paterfamilias* nella potestà del quale egli si trova, e cui la dote allora viene data ed appartiene, fino al momento che il marito non diviene *sui juris* *(fr. 56 § 1, 2, Dig. de jure dot.* XXIII, *5 fr. 20 §. 2, fr. 46, fr. 51 Dig. fram. ercisc.* X, 2 - Per garanzìa della restituzione

della Dote, la Moglie ed i suoi eredi, hanno una ipoteca legale generale sui beni della persona obbligata a restituirla (Vedi Vol. I. Lib. II. §. 208 n.° 5 pag. 658, 659). Di più la Moglie ha il privilegio di riprendere in natura le cose dotali, tuttora esistenti nel patrimonio del marito (*si tamen extant*) all'epoca dello scioglimento del Matrimonio; talchè per riguardo a queste cose ha l'ozione, o di intentare l'azione personale in restituzione, o la rivendicazione (*cost.* 30 *Cod. de jure dot. V,* 12). Finalmente, come sopra fu detto, può riprendere il fondo dotale libero da qualunque onere, e dalle mani di chicchessia (Vedi §. 424. n.° 5. pag. 214.) (a)

§. 431. A lato alla Dote, troviamo in Diritto Romano, una Donazione chiamata prima di Giustiniano *Ante Nuptias*, e che Giustiano volle detta:

DONATIO PROPTER NUPTIAS

Cod. Lib. V. Tit. 3 de Donationibus ante nuptias vel propter nuptias, et sponsalitiis.

Come il Marito riceveva una Dote per sopperire agli oneri Matrimoniali, così egli per assicurare alla Moglie il sostentamento, in special modo nel caso di vedovanza, ed in generale quando egli non fosse più in grado di provvederglielo, costituiva o faceva costituire a favore della Donna una specie di *Contraddote.* Questa si chiamava *Donatio Ante Nuptias*, perchè solevasi costituire prima delle Nozze; ma Giustino, considerando, che era permesso aumentare la Dote durante il Matrimonio, permise eziandio aumentare quella Donazione; Giustiniano poi, avendo permesso, che questa Donazione alla pari della Dote potesse essere costituita ancora durante il Matrimonio, il nome di *Donatio Ante Nuptias*, sembrò improprio a designarla, laonde

(a) La legge del 2 Maggio 1836 all' Art. XLIII, accorda Ipoteca legale generale alla Moglie per la Dote costituita, e per le Convenzioni Matrimoniali, l' una e le altre stipulate avanti la Dazione dell' anello, sui beni del Marito, o dei di lui ascendenti, obbligati alla restituzione della Dote o al mantenimento delle convenzioni matrimoniali; ed è accordata dal dì della costituzione della prima, e della stipulazione delle altre - L' articolo XVIII. della legge stessa, accorda privilegio sulla totalità dei mobili del marito, anche alla Dote della Moglie legalmente giustificata.

l' Imperatore stesso la volle appellata *Donatio propter nuptias* (*Vedi Istit.* §. *3 de Donat. II, 7*). Un parallelismo notevole esisteva fra questa *Donatio propter nuptias*, e la Dote. E valga il vero, la Donna che portava Dote al Marito, poteva esigere da lui che le fosse costituita questa specie di contraddote, in una somma uguale alla Dote (*cost. 13 Cod. de hereticis I, 5 - cost. 7 Cod de dotis promis V, 11 - Nov. 97 c. 1 e 2*); come la Dote, non poteva tale contraddote venire alienata durante il Matrimonio (*Nov. 61 c. 1*), ed alla pari dei beni Dotali, i beni che componevano siffatta contraddote, potevano essere sottratti all' amministrazione del marito, se egli vergeva alla inopia (*cost. 29 Cod. de jure dot. V, 12*); come a titolo di pena qualche volta la Donna perdeva la sua Dote, così nei casi stessi il Marito perdeva la *Donatio propter nuptias*; nella maniera medesima, che la Moglie aveva per garanzìa della sua Dote una ipoteca legale sui beni del marito, le era conceduta, ancora per garanzìa di questa Donazione (*cost. 29 Cod. de jure dot. V, 12 - cost. 9 Cod. de pactis com. V, 14 - cost. 12 §. 2 Cod. qui pot. in pign. VIII, 18 - Nov. 22 e 20 - Nov. 61 c 1*). A rendere più completa l'analogìa fra queste due istituzioni, finalmente la legge dispose, che tutte le convenzioni delle parti relative alla Dote, valessero eziandìo per la *Donatio propter nuptias*, comunque a questa non espressamente fossero state estese (*Istit. §. 1 de Donat. II, 7 - cost. 17 - 20 Cod. de donat. ant. nupt. V, 3 - Nov. 97 c. 1. e. 2*). Lo scioglimento del Matrimonio per morte della Moglie, o per divorzio non imputabile al Marito, estingueva la *Donatio propter nuptias*; (*cost. 18 Cod. de don. ant. nupt. V, 3 - cost. 31 §. 1 Cod. de jure dot. V, 12 - Nov. 22 cap. 1*). La Morte del Marito all' incontro, faceva passare tal Donazione in proprietà della Moglie, in antico senza limitazione alcuna, più recentemente nel caso di mancanza di figli del comune Matrimonio; avvegnachè esistendo quei figli, la Moglie avesse il solo usufrutto dei beni, che la componevano; essi la proprietà (*cost. un Cod. si sec. nupt. V, 18 - Nov. Leon. 20*). Ma non insisteremo di più su questa Istituzione, perchè andata in disuso.

§. 432. Tutti i beni della Donna, che non sono Dotali, chiamansi Beni Parafernali (*Parapherna*). Dei beni *Parafernali*, o *Stradotali*, la Moglie ha libera disponibilità giuridica; nessun diritto, neppure di amministrazione o di usufrutto, spetta al Marito sui medesimi, se la Moglie non glielo accorda, (*fr.* 9 §. 3 *Dig. de jure dot. XXIII, 3 - fr. 95 pr Dig. ad leg. falcid. XXXV, 2*). Ordinariamente la Moglie glieli fa amministrare, ed allora egli diviene un Mandatario di lei; e non può disporre di quei beni a proprio capriccio (*cost 8 Cod. de pactis conv. V, 14*), ma invece deve rispettare le volontà della Moglie. In tale amministrazione, è obbligato a portare quella diligenza, che adopera nell' amministrazione delle cose proprie (*fr.* 9 §. 3 *Dig. de jure dot. XXIII, 3 - cost. 8 Cod de pactis conv. V, 14*). Sciolto il Matrimonio, deve il Marito restituire i beni stradotali, e vi può essere costretto secondo le circostanze, con l' azione del Mandato o del Deposito, o con la *rei vindicatio* (*fr.* 9 §. 3 *Dig. de jure dot. XXIII, 3*). Per garanzia di questa restituzione, la legge accorda alla Moglie ed ai suoi eredi, una ipoteca su tutti i beni del Marito (*cost. 11 Cod. de pactis conv. V, 14*).

§. 433. I conjugi sogliono d'ordinario, con speciali convenzioni, concluse nel momento del Matrimonio, stabilire i Diritti, che si vogliono respettivamente concedere sui beni loro proprj. Queste Convenzioni diconsi:

Patti Dotali (*Pacta Dotalia*).

Dig. Lib. XXIII. *Tit.* 4 *De Pactis Dotalibus - Cod. Lib. V, Tit.* 14 *De Pactis conventis tamen super dote, quam super donatione ante nuptias et paraphernis V, 14*).

Tali Patti possono essere conclusi tanto *prima*, quanto *durante* il Matrimonio (*fr.* 1, *fr.* 12 §. 1, *Dig. h. t.*) e possono venire convenuti così dai Conjugi, come dalle persone che li hanno in potestà, ed ancora dall' estraneo che costituisce alla Donna la Dote. Basta per la loro validità il solo consenso; non si richiede comunemente, che sieno redatti in iscritto (*cost. un. pr. Cod. V, 13 - cost. 6 Cod. de dot. promis,*

V, 14); la scrittura si richiede per eccezione se intervengono fra le persone illustri, e quando si vuole trasformare in Matrimonio il Concubinato (Vedi Tomo I. Lib. I. §. 156 pag. 280 e §. 128 pag. 268). Diversi possono essere questi Patti, ed è libero il convenirli nel modo, che più aggrada alle parti, purchè:

a) non contradicano all'indole del Matrimonio; e contradittorio sarebbe verbigrazia il patto, che privasse il marito del benefizio della competenza.

b) non sieno in opposizione con la natura, e con lo scopo della Dote. Non potrebbesi p. e. convenire la restituzione dei frutti della dote (i quali, come fu detto, debbono invece essere impiegati a sostenere gli oneri matrimoniali), nè la restituzione della Dote, prima dello scioglimento del Matrimonio (*fr. 4 Dig. h. t. fr. 24* §. *1 Dig. de donat. int. vir. et ux. XXIV. 1*).

c) non peggiorino la condizione della Donna: per esempio, nullo sarebbe il patto, che il marito fosse responsabile soltanto del Dolo nell' amministrazione della Dote, (*fr. 62, 29 Dig. h. t.* XXIII. *4*), o che gli fosse lecito restituire la Dote dopo il tempo dalla legge prescritto (*fr. 14 - 18 Dig. eod*), o che vivente la moglie, la Dote passasse in proprietà del marito, o degli eredi di lui (*fr. 2 fr. 26* §. *2 Dig. h. t. fr. 1* §. *1 Dig. de dote prœleg.* XXIII, *4*). Ciò non pertanto, il Patto che il Marito lucrerà tutta la Dote in caso di premorienza della Moglie, è valido (*fr. 12 pr. fr. 26* §. *2 Dig h. t* XXIII. *4 - cost. 6 Cod. eod. V, 14*).

d) non alterino la correspettività, che deve esistere fra la Dote, e la Donazione propter nuptias (*cost. 9 e 10 Cod. h. t. V, 14 - Nov. 97 cap. 1*).

e) non contengano o non mascherino donazioni inter vivos fra i conjugi (*fr.* 5 §. *1. 2, fr. 20 Dig. h. t. - fr. 5* §. *5, fr. 6, fr.* 7 §. 6 *fr.* 31 §. *4 fr. 32* §. *24 - 26 Dig. de donat. int. v. et ux*, XXIV, *1*).

III. Dei Patti Pretorj (Pacta Prœtoria)

§. *434*. Patti Pretorj si dicono quelli rivestiti di azione dal Pretore; tali sono: 1.° Il *Pactum Hypothecœ*. 2.° Il *Constitu-*

tum debiti seu pecuniæ. 3.° Il *Precarium* 4.° Il *Receptum* dei capitani di nave, degli albergatori, e degli osti 5.° Il *Receptum arbitrii* 6.° Il *Pactum de Jurejurando extrajudiciali.*

1.° *Pactum Hypothecæ.*

§. 435. È questo il *Patto col quale taluno concede ad un creditore un ipoteca, in garanzia del suo credito.* Nasce da questo Patto, senza bisogno di forma alcuna, il diritto patrimoniale reale di Ipoteca, e l' azione Ipotecaria, che serve a farlo valere, allorquando:

a) preesista una obbligazione principale, che si vuole garantire con l' ipoteca.

b) la cosa sottoposta ad ipoteca sia idonea ad essere ipotecata (Vedi Vol I. Lib. 2° §. 195 e seg. pag. 643 e seg.). Non occorre nelle Fonti nostre, regola alcuna intorno agli effetti di cotal patto, ma per l' analogia del medesimo col Contratto di Pegno, dobbiamo ritenere, che la persona a favore della quale il Patto in discorso fu concluso, abbia in caso di evizione, come pure per i vizj e difetti della cosa ipotecata, non chè per la deteriorazione e distruzione della medesima imputabili a chi la ipotecò, abbia (diciamo) una azione analoga all' *actio pignoratitia contraria*, mediante la quale possa conseguire risarcimento dei danni sofferti (*argom. fr. 9 pr. fr. 13 §. 1, fr 16 §. 1, fr. 24, fr. 25, fr. 31 fr. 32 Dig de pign. act.* XIII, *7*).

2.° *Constitutum debiti seu Pecuniæ*

Dig. Lib XIII. *Tit. 5 de Pecunia constituta - Cod. Lib IV. Tit. 18 de Constituta Pecunia.*

§. 436. È un *Patto col quale si promette di pagare un Debito già esistente.* La conferma di un Debito, già esistente, mediante una posteriore promessa di pagarlo, parve al Pretore una prova irrecusabile della seria e ferma volontà di obbligarsi: attalchè accordò una azione *Constitutoria* o *de Pecunia Constituta* per ottenere l' adempimento di cotale promessa. Era intendimento dei Pretori, di mitigare con l' Editto il rigoroso sistema dei Contratti fondati sul Diritto Civile, e di accordare

per motivi di equità una *actio*, in virtù della quale, i semplici Patti avessero efficacia alla pari dei Contratti; ed a ciò si adoperavano con ogni argomento, ma il passo più ardito, che facessero in questa via, fu il dare un azione al *Constitutum debiti*, fissando il principio, che qualunque convenzione, con la quale si promettesse di pagare un debito già esistente, proprio od altrui, naturale o civile, producesse azione, sebbene non fosse stata rivestita della forma della *Stipulatio*. Se questa promessa era relativa al pagamento di un debito proprio, dicevasi *Constitutum debiti proprii*; se era relativa al pagamento di un debito altrui, dicevasi *Constitutum debiti alieni*.

§. 437. Il Pretore nel dare efficacia giuridica al *constitutum*, secondo il consueto, non fece che estendere una istituzione già esistente e riconosciuta dalla Giurisprudenza. Ed invero era costume antico dei Banchieri (*Argentarii*), di incaricarsi di fare pagamenti per le persone nelle quali avevano fiducia, o delle quali ritenevano in deposito dei capitali. Allorquando un banchiere prometteva al creditore di una di queste persone, di fargli un pagamento in un giorno determinato, si diceva esistere il *receptum argentarii*, perchè il Banchiere aveva ricevuto, o preso a proprio carico (*receptum*) quel pagamento. Il Banchiere era costretto ad eseguire la obbligazione contratta da lui in cotal guisa con la semplice promessa, per mezzo di una azione detta *actio receptitia*, azione civile e perciò *perpetua*, che era esperibile per un debito qualunque, ancorchè non di danaro, e la quale si sperimentava per la ragione che il banchiere aveva promesso il pagamento, comunque non esistesse in lui obbligo precedente di pagare. Questa Istituzione propria dei Banchieri, fu dal Pretore estesa a tutti: avvegnachè nel suo Editto dichiarasse, che chiunque per semplice patto avesse fissato *costituito* (*constitutum*) un giorno pel pagamento di un debito preesistente, sarebbe stato costretto ad eseguire questa obbligazione con una azione, che fu detta *de constituta pecunia*. Tale azione pretoria, a differenza della *Receptitia*, azione civile, non era come quella esperibile contro i soli *argentarii*, sibbene contro tutti; ma per altra parte era applicabile soltanto ad un debito di danaro, e non di qualunque co-

sa fungibile, e ad un debito preesistente (*cost. 2 Cod. h. t.*). Giustiniano fuse queste due azioni in una sola, cui conservò il nome Pretorio, che volle estesa ad ogni maniera di debito qualunque ne fosse l'objetto, ed alla quale attribuì la durata ordinaria delle azioni civili (*cost. 2 Cod. h. t.*).

§. 438. Il *Constitutum debiti alieni*, essendo una specie di Fidejussione, ne tratteremo quando esporremo le diverse maniere di Intercessione; quì ci limiteremo a dichiarare le regole del *Constitutum debiti proprii*. Affinchè esista *Constitutum debiti proprii*, è necessario il concorso di due condizioni:

a) che preesista un debito.

b) che il debito preesistente sia riconosciuto espressamente, con la nuova promessa. *a*) Il debito preesistente può avere una origine qualunque; così la convenzione come il delitto (*fr. 1, fr. 26 Dig. h. t.*), ciò poco importa; e nulla conclude l'essere quel debito puro o condizionale, senonchè in questo ultimo caso, condizionale sarà ancora il *Constitutum* (*fr. 19 pr. Dig. h. t.*); è indifferente del pari, che sia un debito civile o naturale; basta che *non sia inane*, o *riprovato dalla legge* (*fr. 1 §. 6. fr. 5 §. 1 fr. 6, 7, 8 Dig. h. t.*). Anzi il principale vantaggio del costituto era quello, di dare ad una obbligazione naturale forza civile, senza ricorrere alla formalità dell' obbligazione verbale o letterale. *b*) Con la nuova promessa, confermatoria del debito preesistente, lice sostituire una prestazione diversa a quella objetto del debito originario (*fr. 1 §. 5, fr. 25 Dig. h. t.*); ma se la nuova promessa ha estensione maggiore dell' antica, vale soltanto dentro la misura di quella (*fr. 1 §. 8 fr. 11 fr. 12 Dig. h. t.*).

§. 439. *Constituere* significando fissare un giorno pel pagamento, il *constitutum* suppone di regola, che quel giorno sia determinato; nulladimeno la indeterminazione del medesimo, non vizia il patto. A rigore, mancando la determinazione del giorno, l' esecuzione dell' obbligazione potrebbe esigersi subito, tuttavolta per equità la Giurisprudenza accordò 10 giorni al debitore (*fr. 21 §. 1 Dig. h. t.*). Il Constituto non esige alcuna formalità alla sua esistenza: basta la semplice convenzione anche verbale; e questa può essere fatta eziandìo per mezzo di

mandatario (*fr.* 5 §. 3 *fr.* 14 §. 3 *fr.* 15, 26, 27 *Dig. h. t.*). Dal costituto nasce una obbligazione nuova, che non annulla, nè assorbe la precedente, con la quale anzi coesiste (*fr.* 28 *Dig. h. t.* - *fr.* 15 *Dig. de in rem verso XV,* 3): altalchè il creditore ha la scelta, fra l'azione primitiva, o quella del costituto (*fr.* 18 §. 3 *Dig. h. t.*); ma l'esperimento di una di esse, estingue l'altra (*fr.* 18 §. 1 *fr.* 19 §. 2 *fr.* 20 *Dig. h. t.*).

3 Precarium.

Dig. Lib. XLIII, Tit. 26 de Precario - Cod. Lib. VIII. Tit. 9 *de Precario et Salviano Interdicto.*

§. 440. Il Patto del Precario, è una *Convenzione per la quale una persona, concede gratuitamente ad un altra, dietro le preghiere di questa, l'esercizio della proprietà, o di qualche diritto frazionario della medesima, pel tempo che piacerà al concedente* (*fr.* 1 *pr. fr.* 2 §. 3, *fr.* 3 *Dig. h. t.*). Questo Patto deve la sua origine probabilmente (Vedi Savigny Trattato del Possesso §. 62) all'uso che avevano i *Patres* di concedere quelle parti dell'*ager publicus*, che avevano occupato, ai loro Clienti, perchè le coltivassero, e ne godessero il frutto, concessione che loro facevano dietro le loro *Preci*: onde il nome di *Precarium* (*fr.* 1 *Dig. h. t.*), e che ritoglievano loro ad arbitrio.

§. 441. Il Precario è una liberalità, ma non già una Donazione; perocchè non diminuisca di un valore stimabile a contanti il patrimonio di chi lo concede, nè aumenti del valore stesso il patrimonio di chi lo richiede; ed inoltre non contenga una alienazione (*fr.* 1 §. 2 *Dig. h. t.*). Il Precario è simile al Commodato (*fr.* 1 §. 3. *Dig. eod.*); ma non può andare confuso con quello; e di vero oltre alla differenza notevole, altrove avvertita (Vedi sopra §. 292 n.° 2 pag. 77, e 78), che nel Commodato la cosa è data per un tempo e per uno scopo determinati, tanto che prima del decorso di quello o del conseguimento di questo la cosa non può essere richiesta, mentre nel Precario la cosa può essere richiesta ad arbitrio di chi la diede, oltre questa differenza diciamo, ne esistono altre di non minor rilievo; infatti .

a) Il Commodato è un Contratto, il Precario invece è un Patto

b) Chi riceve la cosa *Precario*, è responsabile soltanto della colpa lata, sebbene risenta tutto il vantaggio dalla convenzione (*fr. 23 Dig. de reg. juris L, 17 - fr. 8* §. *3 e 6 Dig. h. t.*): il commodatario invece, è responsabile anche della colpa leve (vedi sopra §. 294. N. 2 Pag. *81*.)

c) Chi riceve la cosa *Precario*, ne ha il possesso giuridico: e sebbene non abbia l'intenzione di averla per se, per difenderla, può intentare in proprio nome gli interdetti possessorj; perchè il suo è un Possesso *derivativo*, (Vedi Vol. 1 Lib. 2 §. 31 n.° 3. pag. 444), il Commodatario all'incontro, ha la mera detenzione della cosa commodatagli (Vedi sopra §. 292 n.° 1. pag. 77.).

§. 442. Benchè il Precario si concluda con la Tradizione della cosa, non è un Contratto Reale, sibbene un Patto, perocchè intercedendo fra Patrono e Cliente, e così fra persone che stavano fra loro in relazione quasi di padre e figlio, fra costoro non si reputava possibile un vero contratto. E sembrando enorme fra queste Persone stare attaccati ai rigorosi principj del Diritto, comunque il Cliente risentisse vantaggio dalla Convenzione, era responsabile della sola colpa lata. Il Patrono poi, abbandonava al Cliente la cura di difendere quella parte dell' *ager publicus*, che gli aveva conceduto; ed il Pretore altresì trovava ragionevole, che il Cliente il quale stava sempre in contatto col fondo, e soffriva direttamente le turbative nel Possesso del medesimo, lo difendesse con gli Interdetti.

§. 443. Sparito l' *ager publicus*, l' istituzione giuridica del Precario, rimase ciò nonostante governata da principj coerenti alla sua origine; essa fu estesa ad altre cose per le quali non era stata introdotta, cioè alle cose mobili (*fr. 4 Dig. h. t.*), come appunto accadde al Possesso, che ebbe vita anch' esso dall' *ager publicus*, ma al quale esso pure sopravvisse. Forse il Precario sarebbe venuto meno con l' *ager publicus*, se non avesse acquistato importanza a cagione del modo col quale si costituiva il Pegno. Dicemmo infatti, che il Creditore, cui il Debitore mancipava *cum fiducia* la cosa, che voleva dargli in garanzia, po-

teva consentire a lasciarne l' uso al Debitore stesso, concedendogliela *precario*, all' effetto di non privarlo del godimento della medesima (*fr. 6* §. *4 Dig. h. t.*). E quando il Pegno fu costituito diversamente, il Precario rimase per l' uso, che se ne fece nelle Vendite a termine, nelle quali il Venditore non pagato, dava al Compratore la cosa *precario*, finchè pagato non era. Ottenuto il pagamento, con una *traditio brevi manu*, il possesso *precario* si mutava in possesso *cum animo domini* (*fr. 20 Dig. de precario XLXIII, 26*).

§. 444. A chi concede la cosa *Precario*, lice ripeterla a suo libito, quand' ancora l' avesse conceduta per un tempo determinato: perocchè nel Precario non abbia effetto l' apposizione di un termine (*fr. 12 Dig h. t.*), come contradittorio all' indole di questa relazione giuridica. In caso di rifiuto può sperimentare l' interdetto *de Precario*, il quale da primo applicabile soltanto ai fondi, fu poi esteso ancora ai mobili (Vedi Vol. I. Lib. 2 pag. 475). In progresso di tempo, la Giurisprudenza accordò eziandìo una azione *præscriptis verbis* (*fr. 2* §. *1 fr 14 fr. 19* §. *2 Dig. h. t. XLIII, 26*), ed è questa la ragione per la quale alcuni Scrittori considerano il Precario come un Contratto Reale Innominato. Ma tale azione, perchè conceduta cumulativamente con l' Interdetto del Precario, non ha alterato l' indole di questa istituzione. Il Patto del Precario, fissato per un dato tempo, è tacitamente prolungato quando, scorso quel tempo, la cosa non è richiesta. E come tacitamente si prolunga il Precario, così tacitamente può stabilirsi, possedendo cioè senza dichiarazione di volontà, ma con la sofferenza del proprietario (*Paolo V, 6, 16 - fr. 4* §. *4 fr. 8* §. *2. fr. 16, Dig. h. t.*). Il Precario si estingue per la morte di chi ricevè la cosa, se non è prolungato a favore degli Eredi (*fr. 12* §. *1 Dig. h. t.*); non già per la morte di chi la concesse (*fr. 2* §. *1 Dig. h. t*; *fr. 8* §. *1 Dig. eod.*).

4.° Receptum dei Capitani di nave degli Albergatori, ed Osti

Dig. Lib. IV, Tit. 9 Nautæ, Caupones, Stabularii, ut recepta restituant.

§. 445. L' albergatore, l' oste, il capitano di nave, che ricevono nella loro respettiva locanda, osterìa, o nave, merci o bagagli, o che ve li fanno ricevere dai loro dependenti, contraggono in forza dell' Editto del Pretore l' obbligo rigoroso di rispondere di qualunque danno o furto, che in quei luoghi di ricetto le cose ricettate subissero (*fr.* 1, *fr.* 7 *Dig. h. t.*) quando per altro, il danno non provenga da vizio interno delle medesime, o da un caso assolutamente fortuito, ma invece dal Dolo o dalla Colpa loro, o dei loro sottoposti, o di estranei (*fr.* 3 §. 1 *fr.* 5 §. 1 *fr.* 1 §. 8 *fr.* 2, *fr.* 3 *pr. Dig. eod.*). L' azione, che può sperimentarsi per ottenere il risarcimento del Danno, dalle ricordate persone, è un *actio in factum de recepto* (*fr.* 3 §. 1, 5 *Dig. h. t*), azione che per analogìa viene oggi data ancora contro i vettori per terra, relativamente alle cose, delle quali assunsero il trasporto. Diede il Pretore quest' azione per garantire efficacemente i cittadini dalla malafede di persone, in cui è giuoco forza riporre fiducia, e che hanno somma facilità di abusarne (*fr.* 1 §. 1 *fr.* 3 §. 1 *Dig. h. t.*).

§. 446. Il *Receptum*, del quale trattiamo, dal maggior numero degli Espositori del Diritto Romano, viene classato fra i Patti Pretorj, perchè l' obbligazione, che ne risulta si fa valere con una azione data dal Pretore; ma a vero dire Patto non è, perchè il vincolo obbligatorio non resulta da *Convenzione*, bensì dal *fatto* del ricevimento.

5.° Receptum arbitrii.

§. 447. L' accettazione fatta da un arbitro dell' incarico datogli di giudicare una controversia fra due litiganti, che costoro di comune accordo gli sottopongono, dà vita all' obbligazione in lui di pronunziare siffatto giudizio; obbligo consacrato formalmente nell' Editto del Pretore. Di quì deriva, che il *Receptum*

arbitrii, può essere considerato come un Patto Pretorio. Tal Patto avendo una relazione intima col Compromesso, è opportuno trattarne qnando diremo di quest' ultimo. Lo stesso è da ripetersi del

6.° *Pactum de jurejurando extrajudiciali.*

§. 448. Eziandìo di questo Patto Pretorio ci occuperemo di seguito al Compromesso, vista la grande analogìa, che ha col medesimo.

Dei Patti Nudi (*Nuda Pacta*).

§. 449. Chiamano i Commentatori Patti Nudi (*nudæ pactiones*), quei Patti, i quali davano vita soltanto ad una obbligazione Naturale (a) (*fr.* 8 *in f. fr.* 15 *pr. Dig. de præscript. verb. XIX.* 5 - *cost.* 1 *Cod. de pact. conv. V,* 14, *fr.* 7 §. 4 *Dig. de Pactis II,* 14 - *Paolo II,* 14). A renderli civilmente obbligatorj, il mezzo più antico e più usato, fu quello di rivestirli della forma della Stipulazione; una Stipulazione bastava, se in conseguenza del patto si voleva obbligata una sola delle parti paciscenti; due stipulazioni invece si addimandavano, se ambedue le parti dovevano reciprocamente e correspettivamente rimanere obbligate; stipulazioni che si facevano separate e successive, ma in guisa, che quegli il quale figurava come promittente nell' una, figurasse come stipulante nell' altra (Vedi sopra §. 318. pag. 107). In progresso di tempo, riconosciuti obbligatorj i Contratti Innominati, per dare efficacia civile e delle Convenzioni bilaterali, dalla Legge non riconosciute come causa di obbligazione, bastò che una parte eseguisse la prestazione cui si era obbligata, avvegnachè allora la Convenzione si trasformasse in un Contratto Reale Innominato, e la parte che aveva eseguito la prestazione, potesse con l' *actio præscriptis verbis*

(a) Giova ricordare, che nel Diritto vigente tutte le Convenzioni indistintamente danno vita ad una obbligazione, quando in esse concorrano;

1.° Causa giusta, o titolo legale di obbligarsi in chi di fatto si obbliga

2.° Interesse nel creditore, ad esigere l' adempimento dell' obbligazione.

3.° Fatto onesto, o cosa in Commercio, come objetto della obbligazione.

4.° Capacità nelle parti contraenti a concludere la Convenzione, che concludono.

esigere, che l'altra parte eseguisse alla sua volta la propria promessa in correspettività di quella (Vedi sopra §. 308 pag. 95, 96, 97). Nel trattare dei principali fra questi Patti Nudi, passeremo sotto silenzio il patto delle usure, e quello della Penale, Patti che per indole loro appartengono a questa categorìa, conciossiachè ne abbiamo già fatto menzione altrove; piuttosto ci faremo ad esaminare alcuni patti nudi, che vengono adoperati a porre un termine alle giuridiche controversie: vogliam dire la *Transazione*, ed il *Compromesso*.

1.º Transazione.

Dig. Lib. II. Tit. 15 de Transactionibus - Cod. Lib. II. Tit. 4 de Transactionibus.

§. 450. La Transazione nel significato tecnico della parola, è una *Convenzione per la quale due o più persone si compongono intorno ad un diritto litigioso fra loro, od almeno incerto, rinunziando ciascheduna a favore dell' altra, ad una parte delle proprie pretese.* I Romani solevano rivestire la Transazione della forma della Stipulazione, ed allora l' *actio ex stipulatu*, ne procurava l'esecuzione (*cost. 21 Cod. de Pactis II, 3 - cost. 6, 28, 35 Cod. h. t.*). Con l' azione istessa conseguivasi eziandio la penale, stipulata pel caso in cui uno dei Transigenti avesse contravvenuto alla Convenzione (*fr. 15, 16 Dig. h. t. - fr. 122 §. 6 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - cost. 37 Cod. h. t.*). Allorquando con l' *actio præscriptis verbis* poterono farsi valere i Contratti Reali Innominati, chi aveva eseguito ciò cui per la Transazione si era obbligato, avendola trasformata per cotal guisa in un Contratto Reale Innominato, con quell' azione *præscriptis verbis*, poteva costringere l' altra parte ad eseguire alla sua volta la obbligazione propria (*cost. 6 e 33 Cod. de transact. II, 4 - fr. 23 §. 3 Dig. de condict. indeb. XII, 6*). Mancando la *Stipulatio*, o la esecuzione della Convenzione per parte di uno dei Transigenti, la Transazione come patto nudo, non produceva Azione, ma soltanto Eccezione; in tal caso si poteva ricorrere a sperimentare l'azione, che si aveva anteriormente alla Transazione; e se il reo convenuto opponeva l' eccezione della Tran-

sazione, l' attore lo respingeva mediante la *replicatio doli* (*cost. 6, 28, 33 Cod. h. t.*), comecchè sia davvero in dolo il reo convenuto, che si fa forte della Transazione nella parte a se favorevole, e la rifiuta nella parte contraria.

§. 451. Affinchè esista Transazione, è necessario il concorso di tre condizioni:

a) *Lite, o almeno dubbio sul Diritto* objetto di Transazione (*fr. 1 e 8 Dig. h. t. - cost. 2 Cod. eod. - cost. 1 e 16 Cod. de Pactis II, 3*). Chi ha un diritto canonizzato da una Sentenza, contro cui non sia possibile appello o ricorso, non può transigere sul medesimo (*fr. 7 pr. e fr. 11 Dig. h. t. - cost. 32 Cod. eod. - fr. 23 §. 1 Dig. de condict. indeb. VII, 6*). Ed in vero si transige per evitare o terminare una lite, per fissare un diritto incerto o litigioso, ma una sentenza irrevocabile fa certo il Diritto, ed osta a qualunque contestazione sul medesimo; laonde ogni transazione sarebbe in tal caso assurda.

b) *Sacrifizio di una parte delle respettive pretese.* Non si transige, col rinunziare ad un diritto, senza conseguire un qualche compenso dall' altra parte, ma piuttosto si regala o si dona (*fr. 1 Dig. h. t. - cost. 12, e 38 Cod. eod. cost. 3 Cod. de repud. hered. VI. 31*).

c) *Capacità di transigere nelle Parti.* La Transazione essendo una rinunzia a porzione di quello che abbiamo diritto di esigere, è una alienazione; di essa sono dunque incapaci coloro che alienare non possono.

§. 452. La Legislazione Romana permette in generale che si transiga su qualunque diritto, tuttavolta per eccezione è proibito transigere:

a) Sugli alimenti lasciati per atto di ultima volontà (*fr. 8 §. 2 Dig. h. t.*). Per un Senatusconsulto promosso da un' Orazione di Marco Aurelio, è vietata cotale transazione, ammenochè non venga fatta con l' autorizzazione del Magistrato. (*cost. 8 Cod. h. t.*). Si volle così ovviare al pericolo, che l' alimentando stretto dal bisogno, non si contenti di una somma minore della dovutagli, ma sborsatagli immediatamente: ed insieme si intese ad impedire il danno, che egli proverebbe, dissipandola

in un subito, come pur troppo facilmente farebbe, invitato dall'opportunità.

b) sull' eredità di una persona, che è morta lasciando un testamento, non è lecito transigere, finchè quel testamento non è conosciuto (*fr. 6 Dig. h. t. - fr. 1 §. 1 Dig. testam. quemad. aper.* XXIX, 3).

c) objetto di Transazione, in materia di pene, possono essere solamente le private, le pubbliche non già (*fr.* 7 §. 14, *fr.* 17 § 1 *fr.* 27 §. 4 *Dig. de pactis II,* 14 - *fr.* 54 §. 5 *fr.* 56 §. 4 *Dig. de furtis XLVII,* 2), essendoche sieno queste ultime stabilite nel pubblico interesse.

§. 453. La Transazione ha efficacia simile alla cosa giudicata; ne fa le veci fra le parti, che in tanto debbono rispettarla, in quantochè volonterose vi si sottoposero (*cost.* 20 *e* 31 *Cod. h. t. - fr.* 9 §. 1, 3 *Dig. eod.*). Per lei si mutano i primitivi Diritti delle parti, estinguonsi quelli cui hanno rinunziato, hanno forza gli altri riconosciuti (*cost.* 15, 16, 39, 41 *Cod. h. t.*); quindi essa opera Novazione. Tuttavolta, giova avvertirlo, la Transazione ha effetto solamente sulle controversie, che per volontà delle parti furono in essa comprese; ma non importa che quelle controversie sieno indicate con una formula generale, o che vengano specificate in particolare; perocchè si ammette tanto una Transazione *Generale*, quanto una *Particolare*. Chi fece una *Transazione generale*, non è ammesso ad impugnarla sotto il pretesto di non avere pensato a tutto quanto essa comprendeva (*fr.* 12 *Dig. h. t. - cost. 29 Cod. eod.*), quando è certo che pensare vi poteva (*fr. 3* §. *1. fr.* 5, *fr. 9 pr.* §. *1 e 3 fr. 12 Dig. h. t.*). Ma una transazione con la quale si renunzi *ad ogni diritto, azione, e pretensione*, si intende limitata ai diritti relativi all'oggetto in questione (*cost. 31 Cod. h. t.*) Le Transazioni non comportano pentimento o recesso per volere di una parte sola: quand' anche il pentimento fosse immediato (*cost.* 39 *Cod. h. t.*); debbono essere invece eseguite, all' effetto di non perpetuare le liti (*cost. 10 Cod. eod.*). Obbligano soltanto le persone, che le hanno concluse, ed i loro eredi, non già i terzi rimasti estranei alle medesime (*fr. 3 pr.*

Dig. h. t. - *cost. 1 e 26 Cod. eod.* - *fr. 29* §. *2 Dig. de inoff. testam. V, 2* - *cost. 2 Cod. inter alios acta VII, 61*).

§. 454. La Transazione si rescinde e si annulla, come le altre Convenzioni tutte, pel dolo, e per la violenza (*cost. 4, 15, 19 Cod. h t* - *fr. 65* §. *1 Dig. de condict. et indeb. XII, 6*), per l' errore e per l' ignoranza. L' errore sopra un punto essenziale della questione transatta, ed intorno al quale le parti non dubitavano, esclude il consenso, e perciò annulla la Transazione (*fr. 36 in f. Dig. fam. ercisc. X, 2* - *cost. 42 Cod. h. t. fr. 3* §. *1 fr. 12 Dig. eod.* - *fr. 56* §. *1 Dig. de condict. indeb. XII, 6*) ; ma non può dirsi lo stesso dell' errore, in cui versasse una delle parti, sopra una delle circostanze dubbiose, objetto di transazione, appunto perchè dubbiose (*fr. 12 Dig. h. t. eost. 2, 19, 29 Cod. eod.*). È nulla una transazione unicamente intesa a colorire un contratto illecito, o qualunque altra convenzione fatta in frode della Legge. Esempigrazia, non varrebbe una Transazione fra due conjugi, che larvasse una Donazione (*fr. 5* §. *5 Dig. de donat. int. vir. et ux. XXIV, - 1 cost. 12 Cod. h. t.*). A causa di Lesione non si annullano le Transazioni (*fr. 61* §. *11 Dig. de cond. indeb. XII, 6* - *fr. 78* §. *16 Dig. ad S. C. Trebell. XXXVI, 1*). E bene a ragione. Essendo incerto l' esito dei giudizj, e gravissimi i dispendj di una lite, lo evitarli è un largo compenso a quello che un dei Transigenti avesse ceduto di soverchio. Arroge la quasi costante impossibilità di valutare il sacrifizio fatto dalle parti transigenti, vista la incertezza del Diritto cui rinunziano. Finalmente la prudenza politica sconsiglia a permettere, che le Transazioni vengano attaccate per motivi di questo genere, perocchè altrimenti troppo spesso si farebbero risorgere le liti, che le Transazioni stesse sono intese a sopire per sempre.

2.° Compromesso

Dig. Lib. IV Tit. 8 de Receptis qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant - *Cod. Lib. II, Tit. 56 de receptis arbitris.*

§. 455. Il Compromesso è una *Convenzione per la quale due o più persone si obbligano a sottoporre la decisione di*

una lite insorta fra loro, *o che è per insorgere*, *al giudizio di un terzo, che ha nome di Arbitro* (*fr.* 1, *fr.* 27 §. 2 *Dig. h. t.*). Le persone che hanno Diritto di transigere, hanno facoltà eziandìo di fare un compromesso sopra gli objetti, sui quali è possibile transazione (*fr.* 32 §. 6 *fr.* 35 *Dig. eod.*). Non lice compromettere quelle cause, che sono relative allo stato delle persone, come la legittimità o illegittimità di un figlio, la libertà o la servitù di un uomo (*fr.* 31 §. 7 *Dig. h. t.*); perocchè sieno troppo importanti per rimetterle alla decisione di chi non è rivestito di autorità giudiciaria. Per ugual motivo non possono venire in compromesso accuse di Delitti pubblici, che interessano cioè il pubblico ordinamento (*fr.* 31 §. 6 *Dig. eod*).

§. 456 Le parti litiganti debbono obbedire alla decisione dell'arbitro, detta *arbitrium*, o *laudum*. A Roma solevasi adoperare la Stipulazione di una Penale (*Stipulatio pœnæ*) per dar forza al Compromesso. In difetto di tale Stipulazione, la Sentenza dell'arbitro, produceva una eccezione soltanto (*fr.* 13 §. 1 *Dig. h. t.* - *cost.* 5 *Cod. eod.*), ma in virtù di una nuova costituzione di Giustiniano, qualora il lodo fosse sottoscritto dalle parti, o non venisse attaccato nei 10 giorni successivi alla sua pronunzia (*arbitrium homologatum*), il riluttante, ad osservarlo poteva essere costretto a farlo, mediante *un actio in factum* (*cost.* 4 §. 5 *cost.* 5 *Cod. h. t. Nov.* 82 *cap.* 11).

§. 457. Non è permesso ad una delle parti mutare a capriccio, l'arbitro scelto di comune accordo con l'altra (*fr.* 45 *Dig. h. t.*). Generalmente ognuna delle parti sceglie un arbitro e poi, le parti stesse convengono, che in caso di discordia di opinione fra i respettivi arbitri, un terzo sia nominato, a togliere la parità; è prudenziale che le parti medesime nominino questo terzo, e non ne rimettano la scelta ai due respettivamente prima nominati; si impedisce così che discordando essi sulla scelta di quel terzo, il compromesso, non rimanga privo di effetto (*fr.* 17 §. 5 *Dig. h. t.*), od il Magistrato non sia obbligato a costringere gli arbitri a nominarne un terzo, *superarbiter*, (*fr.* 17 §. 6 *Dig. eod.*).

§. 458. Il Compromesso, e l'autorità che esso conferisce all'arbitro, finiscono quando è spirato il termine stabilito, quan-

tunque non sia stato proferito il lodo (*cost.* 1 *Cod. h. t.*), ammenochè le parti non abbiano dato facoltà agli arbitri di prorogare quel tempo, o non lo proroghino esse medesime (*fr.* 25 §. 1 *fr.* 32 §. *ult. fr.* 33 *Dig h. t.*). Il Compromesso finiscé ancora per la morte di una delle parti, e non obbliga chi sopravvive, verso gli eredi del defunto, nè questi verso il superstite: qualora non fosse stato espressamente convenuto il contrario (*fr.* 27 §. 1 *Dig. h. t,*). La Morte dell' arbitro produce lo stesso effetto (*fr.* 45 *Dig. eod.*). Queste disposizioni riconosconsi ragionevoli, ove si rifletta, che il compromesso si fonda sopra la fiducia delle parti fra loro e nell' arbitro, fiducia tutta personale, la quale per conseguenza cessa con la persona in cui era riposta.

§. 459. La persona scelta ad esercitare l' ufficio di arbitro, non può essere costretta ad assumerlo (*fr* 3 §. 1 *Dig. h. t.*), ma assuntolo, non può capricciosamente dimettersene; perocchè con l' accettazione del medesimo, si è conclusa fra i compromittenti e l' arbitro una Convenzione, il *Receptum arbitrii*, che il Pretore fa rispettare mediante un *actio in factum*, esperibile contro l' arbitro per costringerlo a pronunziare il lodo (*fr.* 3 §. 1, 3 *Dig. eod*). Di quì deriva; che il *Receptum arbitrii* è un Patto Pretorio, e se ne parliamo fra i Patti Nudi, lo facciamo perchè a ciò ne consiglia la connessione delle materie.

§. 460. L' arbitro ha da giudicare la controversia sottopostagli secondo le regole del Diritto Comune, qualora le parti non avessero stabilito diversamente (*fr.* 1 *fr.* 32 §. 15 *Dig. h. t*). I più arbitri giudicano *collegialmente*, perocchè l' assente avrebbe potuto indurre gli altri nel suo parere (*fr.* 17 §. 1 *Dig. h. t.*), ed il loro lodo è proferito dietro deliberazione presa a maggiorità di voti (*fr.* 17 § 2 - 7 *fr.* 18, *fr.* 32 §. 13 *Dig. eod*). Dissentendo essi sul *quantum* della condanna, la legge vuole che prevalga il giudizio di quello che opina pel meno, perchè in questo meno tutti consentirono (*fr.* 27 §. 3 *Dig. h. t.*). Gli arbitri non possono giudicare, se non di ciò che è stato sottoposto al loro giudizio (*fr.* 3 §. 15 *fr.* 46 *Dig. eod.*), perocchè essi non abbiano altra autorità, oltre quella, che è stata loro conferita col compromesso. Finisce l' autorità

degli arbitri, con la pronunzia definitiva del loro lodo, perocchè a questa si limiti il loro mandato; attalchè pronunziato il lodo, non hanno facoltà di mutarlo o ritrattarlo (*fr. 19* §. *ult. Dig. h. t.*). Termina l' uffizio loro, per la loro morte, o per quella dei compromittenti (*fr. 45 Dig. eod.*), nonchè per consenso dei compromittenti stessi (*fr. 32* §. *3*, *Dig. eod.*).

§ 461. Il Patto del Giuramento stragiudiciale, è come l' antecedente un Patto Pretorio, perchè rivestito anche esso di un azione dal Pretore; e di questo pure trattiamo quì, per la sua analogìa col Compromesso. Questo Patto: è una *Convenzione per la quale due persone si promettono scambievolmente di far dipendere la decisione di una lite, pendente fra loro, da un giuramento stragiudiciale, che deve deferirsi da una di esse all' altra* (*Dig. Lib. XII Tit. 2 de Jurejurando - Cod. Lib. IV*, *Tit. 2 de rebus creditis et jurejurando*). Se la persona cui il giuramento viene deferito, giura la propria pretensione, può farla valere mediante un azione, che il Pretore gli accorda, senza che sia nella necessità di provare altrimenti il suo Diritto (*Istit.* §. *11 de act. IV*, *6 - fr. 5*, *fr. 9*, *fr. 11* §. *3 fr. 13* §. *2*, *5 fr. 28* §: *10 Dig. h. t. XII*, *2*). Se invece, essa giura la propria liberazione da una obbligazione, che l' altra parte pretende farle carico, può sempre opporre la eccezione del Giuramento (*Istit.* §. *4 de exceptionibus IV*, *13 - fr. 9 Dig*, *h. t. XII. 2*).

§. 461. Fra i Patti Nudi, meritano menzione ancora:

(*a*) I Patti coi quali si conviene di fare un Contratto (*pacta de contrahendo*):

(*b*) I Patti aleatorj (*Pacta quaœ aleam continent*).

a) *Pacta de contrahendo.* Tali Patti di per se soli erano in Diritto Romano privi di azione; affinchè la producessero, e riuscissero per conseguenza civilmente obbligatorj, èra necessario che fossero rivestiti della forma della stipulazione; era necessario per esempio che Tizio stipulasse, che Sempronio gli darebbe a Mutuo una tal somma, o gli venderebbe una tal cosa. Allora Tizio

avrebbe potuto ottenere: o la esecuzione della promessa, o la prestazione dei danni ed interessi. (1)

b) *Pacta quæ aleam continent.* Così chiamansi quelle Convenzioni nelle quali le parti fanno dipendere da un evento casuale, un lucro, od una perdita per l' una di esse. Queste Convenzioni sono per loro indole sinallagmatiche, sebbene in sostanza sia ordinariamente una parte sola, quella che resulta obbligata ad eseguire una prestazione. Fra le Convenzioni aleatorie, alcune sono permesse, come *l' emtio spei*, *la pecunia trajectitia*, il *pactum sortis*, ossia quel patto col quale si rimette alla fortuna la decisione di una cosa dubbiosa, cosicchè ognuna delle parti contendenti consegue ciò che le tocca in sorte (*cost.* 3 *Cod. commun. de legat. VI, 43*). Altre sono proibite. Probito in certi casi è il giuoco *lusus* o *ludus*, e la scommessa *sponsio*.

1° Nel *fr. 2* §. 1 *Dig. de aleatoribus* (*XI*, 5), si dichiara come per un Senatusconsulto fosse proibito di giuocare di danaro, all' infuori che nei giuochi di destrezza e di ginnastica; ed una costituzione di Giustiniano (*cost. 3 Cod. de aleat. et alearum lusu* (*III. 43*), impone che eziandìo in questi giuochi permessi, la scommessa non superi il solido (10 franchi). I giuochi proibiti sono tanto odiosi alla legge, che non solamente non havvi azione per esigere la vincita, ma ben anco chi perde, ha la facoltà di ripetere con la *condictio indebiti* quello che pagò, *condictio*, che in questo caso, si prescriveva col decorso di anni *cinquanta*, e la quale poteva essere esercitata perfino dai magistrati municipali del luogo ove era fatta la perdita, se non era esercitata dal perditore o dai suoi eredi. (*cit. cost. 4 Cod. de aleat. III*, *43*). E le persone, che prestavano luogo o comodo al giuoco, non avevano neppure azione onde ottenere indennità pei guasti, e perfino pei furti commessi in casa loro dai giuocatori (*fr.* 1 *Dig. de aleat. XI*, 5 - *fr.* 2. §. 1 *Dig. quarum rerum actio non datur XLIV*, 5).

2° Le scommesse in se sono valide (*fr.* 17. §. 5. *Dig. de præscript. verb. XIX*, 5), quando non siano fatte par cause di-

(1) Oggi in conseguenza di tali Patti potrebbe esercitarsi una azione per l' adempimento del contratto o pel rifacimento di danni, quando esistessero gli estremi del medesimo. Vedi nota al §. 446. pag.

del delitto, dall' obbligazione di sottostare ad un male, che la legge infligge ai delinquenti. Nella Legislazione Romana, la Pena può essere *pubblica*, o *privata*. Quella è inflitta unicamente nel pubblico interesse, cioè per conseguire la conservazione dell' ordine giuridico, e non ridonda a vantaggio patrimoniale dell' offeso; questa è pecuniaria, consiste cioè in una somma di danaro, che è ordinariamente un multiplo del danno arrecato, (come il duplo, il triplo, il quadruplo), e che deve essere pagata alla persona objetto del Delitto. *Delitti Pubblici* si appellano quelli, che sono colpiti da una pena pubblica, *Privati*, quelli colpiti da una pena privata. Ogni cittadino poteva a Roma accusare l' autore di un Delitto pubblico, e cotale accusa dava luogo ad un processo, dinanzi ad un Collegio di Giudici, presieduto dal Pretore, sostituito all' antico *Comitiatus maximus*, ove giudicavano le Centurie. Soltanto la persona lesa aveva facoltà di accusare l' autore del Delitto privato, ed il giudizio procedeva allora con le consuete forme proprie dei giudizj civili. (a). I Delitti Privati, giacchè dei Pubblici non ci occupiamo come estranei al Diritto Civile, facendo sorgere nell' autore due obbligazioni: di risarcire il danno, e di subire la pena, davano vita a due azioni corrispondenti: *l' actio rei persecutoria, l' actio pœnalis.* L' *actio rei persecutoria* (*rei persequendæ causa comparata*), passava agli eredi della persona lesa, e poteva essere sperimentata contro gli eredi del delinquente defunto, l' *actio pœnalis* passava (eccettuato che nel delitto di ingiurie) agli eredi della persona lesa, ma non poteva essere intentata contro gli eredi del delinquente defunto (*Gajo IV*, 112 - *fr.* 111 §. 1 *Dig. de reg. juris L*, 17 - *fr.* 1 *pr. Dig. de priv. delict. XLVII*, 1), ammenochè:

a) pel delitto del loro autore essi si fossero locupletati (*fr*,

(a) Questa distinzione fra Delitti Pubblici e Privati, è ignota nella nostra Legislazione Penale. Tutti i Delitti si perseguitano dal Pubblico Ministero, e la pena loro, è sempre una pena pubblica. Senonchè vi sono Delitti, che il Pubblico Ministero non può perseguitare senza esservi eccitato dalla querela dell' offeso. L' azione dal Pubblico Ministero intentata, è sempre ed esclusivamente penale, l' azione civile in rifacimento dei danni, spetta soltanto alla parte lesa

38 e 127 Dig. de reg. juris L, 17 - cost. un. Cod. ex delict. defunct. IV, 17) oppure,

b) l' azione non fosse già stata intentata contro il loro autore (*fr. 35 Dig, de obligat. et act. XLIV, 7 - fr. 164 Dig. de reg. juris L, 17*). I più autori di un Delitto sono obbligati *in solidum*, ma il pagamento eseguito da uno fra loro, estingue di fronte agli altri *l' actio rei persecutoria* (*fr. 14 §. 15 fr. 15 Dig. ad leg. Aquil. IX, 2 - cost. 1 Cod. de condict. furt. IV. 8*), mentre non estingue l' azione penale: attalchè l' offeso può ottenere separatamente da ognuno dei coautori del Delitto perpetrato a suo carico l' intiera pena; in altri termini il pagamento, che di questa faccia l' uno di essi, non estingue l' obbligo di pagarla in ciascheduno degli altri (*fr. 54 Dig. de injuriis XLVII, 10 - fr. 55 §. 1 Dig. de adm. tut. XXVI, 7*).

§. 463. Nelle Istituzioni di Gajo e di Giustiniano, sono distinti come principali, quattro Delitti privati, quattro casi cioè, in cui nascono *obbligationes ex delicto*, e sono il Furto, la Rapina, il Danno dato con Ingiuria, le Ingiurie.

1,° *Furto* (*Furtum*)

Istit. Lib. IV Tit. 1 de obligationibus quæ ex delicto nascuntur. - Dig. Lib: XLVII. Tit. 2 de Furtis. - Cod. Lib. VI, Tit. 2 de furtis et servo corrupto.

§. 464. Il Furto (*furtum* voce probabilmente derivata da *auferre*, portar via, sottrarre) è definito nelle nostre Fonti: *Côntrectatio rei fraudolosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel usus ejus, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere* (*fr. 1 §. 3 Dig. de furtis XLVII, 2 - Istit. §. 1 de oblig. quæ ex del.*). *Contrectatio*, propriamente significa maneggiamento, ma per traslato, *sottrazione*; e senza questa sottrazione non vi ha furto, come non vi ha senza l' intenzione di fare ingiustamente un lucro a pregiudizio altrui, (*lucri faciendi gratia, animus furandi*). *Furtum, sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittitur* (*fr.* 3 *§. 18 Dig. de acq. vel. amitt. poss. XLI. 2*) e del pari: *sine affectu furandi, furtum non committitur* (*Istit. §. 7 de*

oblig. quæ ex del. IV, 1), Quindi è, che non si fa reo di furto chi sottrae altrui una cosa nell'opinione di aver diritto di farlo, (*Istit.* §, *7 de obl. ex del. IV, 1 - fr. 46* §. *7 fr. 76 pr. Dig. de furtis XLVII, 2*). Il Furto in Diritto Romano può avere per objetto, o la cosa, od il possesso della medesima, o l'uso (*ipsius rei, vel usus ejus, possessionisve*).

1) *la cosa* (*ipsius rei*), Mentre nell' antico diritto si riteneva possibile il Furto eziandìo sopra cose immobili (*Cajo II, 51*), in seguito prevalse il principio, che soltanto le cose mobili potessero esserne objetto, come le sole sulle quali può concepirsi *contrectatio* (*fr. 25 Dig. de Furtis XLVII, 2*). La legislazione di Roma riconosce non soltanto un furto della *cosa altrui*, (*furtum alienæ rei*), ma ancora della *cosa propria* (*furtum suæ rei*).

(*a*) Il furto della *cosa altrui*, è facilmente concepibile senza spiegazioni; esso è consumato appena esiste la *contrectatio* di una cosa a pregiudizio del proprietario della medesima, operata da chi non ha diritto, ed eseguita *lucri facendi gratia*. Esiste *contrectatio* quando la fisica disponibilità della cosa, è tolta al proprietario; ma può avvenire che l' atto col quale il furto si commette, sia distinto dall' atto che toglie la cosa alla fisica disponibilità del proprietario. Esempigrazia chi in mala fede si impadronisce *lucri facendi gratia* di cose altrui smarrite, o gettate ma senza animo di abbandonarle, commette furto, sebbene il proprietario di quelle ne avesse, prima di quel prendimento, perduto la fisica disponibilità (*Ist.* §. *48 de rer. divis. II, 1 - fr. 43* §. *4 - 11 Dig. de furtis XLVII, 2, fr. 9,* §. *8, fr. 31* § *1, fr. 44, Dig. de acq. rer. dom. XLI, 1*). I detentori di una cosa altrui, commettono furto ricusandone dolosamente e *lucri facendi gratia*, la restituzione alle persone, che l' hanno affidata loro, e la richiedono (*fr. 29, pr. Dig. depositi XVI, 8 - fr. 22* §. *7, Dig. Mandati XVII, 1 - fr. 1* §. *22 Dig. de tut. act. XXVII, 3 - fr. 3,* §. *18. Dig. de acq. poss. XLI, 2 - fr. 1,* §. *2, fr. 33, fr. 43 pr.* §. *1, fr. 46* §. *6, fr. 52,* §. *7, fr 67 pr. fr 71, pr., fr. 75, Dig. de furtis XLVII, 2*).

(*b*) Furto della *cosa propria* si commette, quando il proprietario la sottrae a chi ha diritto di detenerla, p. e. se il debi-

tore sottrae al creditore pignoratizio la cosa, che gli ha dato in pegno (*Ist.* §. 10, 14 *de oblig. quæ ex del. nasc.* IV, 1 - *fr.* 16 *Dig. de pign. act.* XIII, 7 - *fr.* 19 §. 5, *fr.* 20 *pr.* §. 1. *fr.* 53 §. 4, *Dig. de furtis* XLVII, 2).

(2°) L'*uso*. Il furto di uso, è in diritto Romano, l'uso illegale che si faccia di una cosa mobile di cui si ha il possesso o la detenzione; il creditore pignoratizio, il commodatario, il depositario, potevano farsi colpevoli di questo furto (*Istit. de obl. ex del.* IV, I - *fr.* 40, *fr.* 54 *pr. fr* 76, *pr. Dig. de furtis* XLVII, 2 - *fr.* 16, *Dig. de condict furt.* XIII, 1). Il furto di uso potevasi commettere ancora sulla cosa propria, p. e. se il proprietario la prendeva in imprestito dal creditore, cui l'aveva data in pegno, ed arbitrariamente l'imprestava ad un terzo, mentre aveva asserito di volersene servire per se (*fr* 54 §. 1 *Dig. de furtis* XLVII, 2).

(3°) *Il possesso*. Il furto di possesso si commetteva, quando chi possedeva o deteneva una cosa mobile altrui, p. e. come creditore pignoratizio o come Commodatario, cambiava con un atto esterno (quale sarebbe la denegazione, o il nascondimento) la causa del suo possesso, e cominciava a possedere come padrone contro la massima: *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (*Teofilo paraf. Istit. al* §. 1 *h. t.* IV, 1 - *fr.* 35, *fr.* 46 § 6, *fr.* 52, §. 7, *fr.* 59, *fr.* 67, *pr. fr.* 71 *pr. fr.* 73 *Dig. de furtis* XLVII, 2). Il furto di possesso si commette soltanto sulla cosa altrui. (a)

§. 465. Fino dai tempi più remoti, i Giureconsulti Romani, distinguevano il Furto, in Manifesto (*Manifestum*), e Non Manifesto (*Nec Manifestum*); per altro non erano concordi nell'assegnare gli estremi del furto Manifesto (*Gajo* III, 184 - *Paolo* II, 31. 2); ma prevalse l'opinione adattata poi dai Compilatori delle Istituzioni Imperiali, che avesse a dirsi Manifesto il furto, quando l'autore fosse arrestato sul fatto, o sul luogo, con l'oggetto furtivo in dosso, od in mano, o almeno prima

(a) Il nostro patrio Diritto Criminale non conosce un furto di uso, nè di possesso, nè un furto sulla cosa propria. Tali fatti costituiscono appo noi secondo le circostanze o Truffa, o Frode. Le cose smarrite, non sono objetto di furto, bensì del Delitto speciale di *indebita appropriazione di cose trovate*

che fosse giunto al luogo ove divisava portarlo (*Istit.* §. *3 de oblig. ex del. IV, 1 - fr. 3, 4, 5, 7, 8, Dig. de furtis XLVII, 2*). Non Manifesto negli altri casi. La legge delle XII Tavole mentre rilasciava alla convenzione delle parti, la pena privata del furto (*Gajo IV, 37 - fr. 7* §. *15 Dig. de pact. II, 14*), ordinava che l' uomo libero autore di furto Manifesto, fosse battuto con verghe, e consegnato come *addictus* al derubato (*Gajo III, 189*), e che il servo colpevole dello stesso delitto, fosse precipitato dalla rupe Tarpeja. Il Pretore mitigò tanta severità, e nel suo Editto contro chiunque, o libero o servo, si fosse reso colpevole di furto Manifesto, diede l' azione penale del quadruplo. Il furto non Manifesto per la legge delle XII Tavole dava luogo ad un' azione pel duplo, ed il Pretore la conservò (*Gajo III, 190*).

§. 466. Per la legge Decemvirale, un furto poteva essere occasione allo sperimento di due azioni diverse; l' *actio furti concepti*, o *l' actio furti oblati*; e per l' Editto del Pretore, all' esperimento dell' *actio furti prohibiti*, o *dell' actio furti non exhibiti*; azioni che derivavano dal modo col quale si faceva la perquisizione dell' oggetto furtivo.

a) *L' actio furti concepti* si sperimentava contro la persona in casa della quale era stata trovata la cosa furtiva, fosse stata o no quella persona, l' autore del furto. Chi era stato vittima di un furto, e credeva che l' oggetto rubatogli, fosse in casa di una determinata persona, ove gliene fosse negato l' accesso domandato per ricercarla, poteva farne una perquisizione solenne. Doveva allora presentarsi nudo (*nudus*), ma con una cintura (*cinctus*), tenendo un piatto in mano (*lancem habens*), probabilmente per escludere così il sospetto, che egli avesse nascosto in dosso od in mano l' oggetto, che asseriva rubatogli, e che ricercava in casa altrui. Se dietro una perquisizione fatta in questa forma, l' oggetto era ritrovato, si diceva che vi era *furtum lance et licio conceptum*, e la persona in casa della quale l' oggetto era trovato, veniva condannata alla pena del *quadruplo*, come *fur manifestus*; ma se il padrone della casa non aveva ricusato che vi si entrasse a ricercare, senza formalità, l' objetto furtivo, o se quell' objetto vi era acciden-

talmente ritrovato, si diceva esistere *furtum conceptum* soltantanto, ed il *triplo* ne era la pena (*Gajo III*, *190 191*, *194*.)

b) *L'actio furti oblati* si sperimentava dal proprietario della casa, ove l'objetto furtivo era stato ritrovato, contro chi ve l'aveva posto a sua insaputa, o glielo aveva dato, con la scienza che era furtivo, e con l'intenzione di liberarsi dal pericolo che gli fosse trovato in casa sua (*Gajo III*, *147*).

c) *L' actio furti prohibiti*, che portava alla pena del quadruplo, fu dall' Editto del Pretore, introdotta contro chi aveva frapposto ostacolo alla perquisizione, che dell' objetto furtivo in casa di lui volevasi fare alla presenza di testimonj, i quali (abolita dalla legge Ebuzia la perquisizione *lance licioque*) dovevano assistere alla ricerca dell' obietto furtivo (*Gajo III*, *188*, *192*).

d) Finalmente l'*actio furti non exhibiti*, era data contro chi non avesse ripresentato la cosa furtiva cercata e trovata presso di lui: *adversus eum, qui furtivam rem, apud se quœsitam et inventam, non exhibuit (Istit §. 4. de obl. ex del. IV, 1)*. Queste quattro azioni andarono in disuso, perchè le perquisizioni antiche non furono più adoprate, ed i ricettatori di cose furtive furono passibili dell' azione del furto non manifesto (*Istit. l. cit. - cost. 14 Cod. de furtis et servo corrupto IV. 2*).

§. 467. In Gius nuovo, gli effetti del furto sono:

1° L'obbligazione del Ladro di restituire la cosa rubata con tutti i suoi accessorj, e pertinenze, e di prestare nel caso che più non esistesse, il maggior valore raggiunto dalla medesima dopo la sottrazione (*fr. 8. pr. §. 1, 2, Dig. de condict. furt. XIII , 1*).

2° La responsabilità in cui incorre il Ladro a cagione di qnalunque danno sofferto dalla cosa, ancora per caso fortuito, comunque potesse provare, che essa sarebbe perita eziandìo se fosse rimasta in mano del derubato (*fr. 8 pr. §. 1, fr. 16, fr. 20. Dig. de condict. furt. XIII, 1 - fr. 40. pr. Dig. de hered. petit. V, 5 - fr 50, pr. Dig. de furtis XLVII, 2 - cost. 9. Cod. de furtis VI 2, - cost. 2 Cod. de eondict. furt. IV, 8*).

3° Due azioni, una *rei persecutoria*, detta *condictio furtiva*, l'altra *penale*, detta *actio furti*.

(a) La *condictio furtiva* tende alla riparazione del danno (*Dig. de condict. furt. XIII, 1 - Cod. eod IV, 1*). Spetta al proprietario dell' oggetto furtivo, ad esclusione di chiunque altro (*fr. 1, Dig. cond. furt. XIII. 1*), perfino del creditore pignoratizio, al quale fosse stata rubata la cosa ricevuta in pegno; costui avrebbe un' azione analoga, sotto il titolo di *condictio incerti* (*fr. 13. §. 2, Dig. de cond. furt. - fr. 22, Dig. de pign. act. XIII, 7*). Come azione *rei persecutoria*, la *condictio furtiva* tende ad ottenere la restituzione della cosa rubata *cum omni causa* (*fr. 8, §. 2, fr. 14, §. 3 Dig. de cond. furt. XIII, 1 - fr. 52 §. 14, de furtis VII, 2*), od il massimo valore raggiunto dalla medesima dopo il furto (*fr. 3. 8, §. 1. fr. 13 Dig, de cond. furt. XIII, 1*). Questa azione si esercita contro l' autore del furto, e perfino contro i suoi eredi (*Istit. §. 5 e 9. de oblig. ex. del. IV, 1 - fr. 5. 7. §. 2, fr. 9. Dig. de cond. furt. XIII, 1*).

(b) *L' actio furti*, come azione penale, ha per iscopo una pena privata, che trattandosi di furto manifesto è il quadruplo del valore dell' oggetto rubato, e trattandosi, di furto non manifesto, il duplo. E se dopo il furto, la cosa avesse aumentato di valore, la pena è il quadruplo od il duplo di questo aumentato valore (*fr. 50. pr. Dig. de furtis XLVII, 1 - Istit. §. 5. de obl. ex. del. IV, 1*). Tale azione può essere intentata dalla persona, che aveva maggiore e più legittimo interesse di ogni altro acciocchè il furto non fosse commesso (*Istit. §. 15, de obl. ex. del. IV, 1 - fr. 10. fr. 71 § 1. fr. 85. Dig. de furtis XLVII, 2*). Generalmente è il proprietario, che ha quel maggiore e più legittimo interesse (*fr. 80 Dig. de furtis XLVII. 2*), od il possessore di buona fede (*Istit. §. 15 de obl. ex. del. IV, 1 - fr. 12 §. 1. fr. 52 §. 10, fr. 74. Dig. de furtis XLVII 2*), ma supposto che la cosa fosse stata consegnata dal proprietario nelle mani di persona obbligata alla custodia della medesima, come l' usufruttuario, il conduttore e simili, spetta allora ad essi, e non al proprietario, l' esercizio di siffatta azione, perchè hanno costoro più interesse di lui, che la cosa non sia rubata (*Istit. §. 13, 15 de obl. ex. del. IV. 1 - fr. 12 pr. fr. 14 §. 3 16, fr. 53, §. 3, fr. 85. Dig. de furtis XLVII, 2*). *L' actio furti*

si dirige contro gli autori del furto, non già contro i loro eredi (*fr. 1. Dig. de priv. delict. XLVII, 1*). Si estende ai complici, che contribuirono al furto con l' opera e col consiglio (*ope et consilio*), ed al ricettatore di cattiva fede (*Istit. §. 3. 4 e 11, de obl. ex. del. IV, 1 - fr 6 Dig. de cond. furt. XIII, 1 - fr. 34, fr. 50 §. 3 fr. 52 fr. 54 §. 4, Dig. de furtis XLVII, 2*). Costoro hanno l' obbligo di pagare il duplo. Quest'azione è infamante; non lo è la *condictio furtiva*. Appena occorre avvertire, che il proprietario derubato, invece della *condictio furtiva*, può intentare la *rei vindicatio* contro il Ladro, come contro qualunque detentore della cosa sua, e perfino contro il possessore di buona fede, senza obbligo di indennità (*Istit. §. 19, de obl. ex. del. IV, 1 - cost. 2, Cod. de furtis VI, 2*). A quest' effetto basta che egli provi la sua proprietà, non importa che egli provi il furto. La *condictio furtiva*, *e la rei vindicatio*, come azioni tendenti allo stesso scopo, ed ambedue *rei persequendæ causa comparatæ*, non possono essere cumulate (*fr. 8, pr. fr. 10 14 §. 2, Dig. de cond. furt. XIII. 1*): l' esercizio dell' una, estingue l' altra.

§. 468. Fra i Conjugi il Diritto Romano per non offendere il decoro del vincolo (*fr. 1, 2, Dig. de act. rer. amot. XXV, 2*), non permette *l' actio furti*, ma ammette *l' actio rerum amotarum*, azione *rei persecutoria*, con la quale si ottiene la restituzione della cosa con i suoi accessorj e pertinenze, ed il risarcimento del danno risentito, che si liquida col giuramento estimatorio (*fr. 1, fr. 3, §. 2, 3, fr. 8, §. 1 fr. 17, §. 2, fr. 21. §. ult. fr. 29, Dig. de act. rer. amot. XXV. 2 - cost. 2, Cod. rerum amotarum, V, 21*). Quest' azione può essere intentata *direttamente*, se il furto fu commesso nell' espettativa di ottenere il divorzio (*fr. 6. fr 17, pr. fr. 21, §. 4, 5, Dig. eod; XXV, 2*); può essere intentata *utilmente*, se il furto fu commesso nell' espettativa della morte dell' altro conjuge (*fr. 21, pr. Dig. eod*). L' actio *rerum amotarum* spetta al conjuge derubato, contro l' altro che lo derubò; e contro gli eredi di esso lui (*fr. 6 §. 3, Dig. eod.*); contro gli eredi se, e per quanto, risentirono locupletazione in conseguenza del furto del loro autore (*fr 3 in f. Dig. eod.*). Eziandìo fra i conjugi può essere intentata la *con-*

dictio furtiva, e ciò per un furto commesso dall' uno a carico dell' altro, prima del Matrimonio (*fr.* 3, §. 2, *Dig. eod.*).

2.° Rapina (*Vi bona rapta*)

Istit. Lib. IV. Tit. 2 de bonis vi raptis - Dig. Lib XLVII. Tit. 8 vi bonorum raptorum et de turba - Cod. Lib. IX. Tit. 33 vi bonorum raptorum.

§. 469. La Rapina è: la *Violenta ablazione della cosa mobile altrui*, *eseguita dolosamente*, *con animo di lucrare*. (a) Le cose *mobili* soltanto, potevano essere objetto di rapina: sulle immobili potevasi commettere una violenta invasione, che costituiva il *Crimen Vis.* (*fr. 2 §. 1 Dig. h. t. cost. 1 Cod. h. t.*); e le cose *altrui*, non le proprie, erano passibili di Rapina; laonde chi riprendeva violentemente una cosa, che credeva appartenergli, o che realmente gli apparteneva, era sì punibile, ma non come autore del Delitto in discorso, in lui mancando il dolo malo, che è un elemento di questo Delitto (*Istit. §. 1 h. t. - cost. 7 Cod. unde vi VIII. 4*). La Rapina è un Furto, commesso con violenza, ma pur sempre un Furto; egli è perciò che le azioni proprie del Furto, erano applicabili eziandìo alla Rapina (*Istit. pr. h. t.*). Quindi il reo di Rapina era obbligato a restituire la cosa con tutti gli accessorj, ed era responsabile di qualunque danno la medesima avesse sofferto perfino per caso fortuito (*fr. 8 §. 1 Dig. de condict. furt. XIII, 1*). A questo era obbligato in conseguenza dell' *actio furtiva*, che il proprietario avesse sperimentato. Contro di lui poteva inoltre essere intentata *l' actio furti manifesti*, o *nec manifesti* dal proprietario, e da chiunque avesse avuto interesse che la cosa non fosse stata rubata (*fr. 80 §. 3 Dig. de furtis XLVII, 2 - fr. 1 Dig h t. XLVII, 8 - Istit. §. 2 h. t. IV, 2*). Il Pretore introdusse in seguito contro il Rapitore una azione speciale, detta *vi bonorum raptorum*, con la quale potè ottenersi il *quadruplo* del valore dell' oggetto rapito, se esercita-

(a) La Rapina presso di noi è invece, una violenza esercitata dal ladro, diretta unicamente a rapire altrui, di mano, o di dosso la cosa, (art. 392 del Codice Penale).

ta dentro l' anno dalla rapina, ed il *simplo* se dopo l' anno (*fr. 2 pr. Dig. h. t. XLVII, 8 - Istit. pr. h. t. IV, 2*). Questa azione era una azione privata ; invece di questa avrebbe potuto sperimentarsi da chi era stato passivo della rapina, una azione pubblica criminale in forza della *lex Julia de vi privata*. Vi era dunque scelta fra queste due azioni (*fr. 2 §. 1 Dig. h. t.*). L'*azione vi bonorum raptorum* nelle compilazioni Giustinianee apparisce come azione *mista*, cioè *insieme penale e rei persecutoria* ; infatti con essa il *triplo* si esigeva a titolo di pena, il resto, cioè il *simplo*, era il valore dell' oggetto rapito (*Istit. §. 2 h. t. IV, 2*). Chi aveva sofferto la Rapina, poteva scegliere fra le azioni proprie del Furto, e questa dal Pretore introdotta (*fr. 2 § 26 Dig. h. t.*) . Certamente se il rapimento era stato manifesto, *l' actio furti manifesti* era preferibile, perchè con essa si otteneva il quadruplo, e poi con la *condictio furtiva* il simplo ; ma se manifesto non era stato quel rapimento, miglior consiglio era valersi dell' *actio vi bonorum raptorum*, perocchè mentre con l' *actio furti nec manifesti* si sarebbe potuto ottenere il *duplo*, e poi con la *condictio furtiva* il simplo, con l' *actio vi bonorum raptorum* si poteva conseguire il quadruplo, ove fosse intentata dentro l' anno. Vero è bene, che il quadruplo si calcolava sul vero valore della cosa rapita, e non sul danno (*quod interest*) risentito da chi era stato vittima della rapina (*fr. 2 §. 15 Dig. h. t.*), e che l' erede del rapitore non poteva essere mai perseguitato con *l' actio vi bonorum raptorum*, perchè essa aveva mistura di pena, e la pena è personale : attalchè contro di lui era esperibile soltanto la *condictio furtiva* (*fr. 2 §. 27 Dig. h. t.*). Ma per altra parte si dava più facilmente *l' actio vi bonorum raptorum*, che *l' actio furti* (*fr. 2 §. 22, 23, 24 Dig h. t. XLVII, 8*): la complicità era giudicata con regole più larghe, che nelle azioni del furto (*fr. 2 pr. §. 2 Dig. h. t. fr 80 §. 4 Dig. de furtis XLVII, 2*), e la procedura, sembra fosse più spedita (*Cic. pro Tullio c. 10*). Chi aveva intentato *l' actio vi bonorum raptorum*, non poteva poi sperimentare l' *actio furti manifesti*; ma chi prima aveva intentato l' *actio furti nec manifesti*, poteva

intentare poi l'*actio vi bonorum raptorum*, per tutto quanto questa era più vantaggiosa di quella (*fr. 1 Dig. h. t.*).

§. 470. Abbiamo poco sopra detto per incidenza, che non avrebbe commesso Rapina, chi violentemente avesse preso una cosa mobile od immobile, per errore di fatto reputandosene proprietario, o pensando per errore di diritto, essere lecito farsi ragione da se (Vedi il § antecedente, principio). La ragione fattasi per Diritto Romano è delitto, e le sue conseguenze civili sono:

1.° Che il Creditore, il quale di proprio arbitrio, e senza fare ricorso ai mezzi giuridici, si sodisfa da se, ancorchè non abbia adoperato costringimento verso la persona del Debitore, è non solamente obbligato a restituire, ma in pena perde il suo credito (*fr. 12 §. 2 fr. 13 Dig. quod metus causa IV, 2 - fr. 7 Dig. ad legem Juliam de vi privata XLVIII, 7*).

2.° Che quegli il quale sottrae a forza una cosa mobile, o toglie il possesso di una immobile al possessore, pretendendosene proprietario, se lo è realmente, perde in pena la proprietà che passa nel possessore spogliato; se non lo è, deve restituire la cosa, e di più pagarne anche il prezzo (*cost. 7 Cod. unde vi VIII, 4 - Istit. §. 1 h. t. IV, 2 - e §. 6 de interdictis IV, 15*).

3.° DANNO DATO CON INGIURIA (*Damnum injuria datum*)

Istit. Lib. IV. Tit. 3 de lege Aquilia - Dig. Lib. IX, Tit. 2 ad legem Aquiliam - Cod. Lib. III, Tit. 35 de lege Aquilia.

471. *Damnum injuria datum* è; *qualunque diminuzione dell' altrui patrimonio, cagionata da un uomo libero, con un fatto illecito e positivo.* Diciamo *diminuzione qualunque di patrimonio*, perocchè un male che altri ci arrechi, ma che non abbia conseguenze pregiudicevoli pel patrimonio nostro, non è *damnum datum*; aggiungiamo, che questo danno deve essere cagionato da un *uomo libero*, perchè il danno arrecato da un servo dicesi *noxa*, e quello arrecato da un animale *pauperies*; e le regole relative alle conseguenze di siffatti danni sono differenti, e saranno da noi spiegate altrove. Terminiamo col dire,

che quel danno deve essere conseguenza di un fatto *illecito* e *positivo*. *a*) Di un fatto *illecito*, cioè eseguito senza diritto, *nullo jure*, (d' onde la voce *injuria*, che significa quì ogni cosa fatta senza diritto, *quod non jure factum est*. *Istit.* §. *2 h. t. fr.* *5* §. *1 Dig. eod.*). Laonde non incorre in alcuna responsabilità, chi reca altrui nocumento con un atto, che ha diritto di fare (*fr. 151 Dig. de reg. jure L, 17 - Istit.* §. *2 h. t.*), come p. e. chi per necessità di una giusta difesa uccide l' ingiusto aggressore, ricorrendo insomma i termini del *moderamen inculpatæ tutelæ* (*fr. 4, 5, 45* §. *4 fr. 49* §. *1 Dig. h. t. - Istit.* §. 2 *eod.*). Non può dirsi *fatto illecito*, quello che fu conseguenza del caso fortuito, o di un evento di forza maggiore; esempigrazia il soldato, che traendo d' arco nel luogo e nel tempo a ciò destinati, uccide il servo che passa in quel luogo, non è reo di un fatto illecito (*Istit.* §. *3 e 4 h. t. - fr.* 5 *fr* 9 §. *4 fr. 44 Dig. eod.*). Del resto, è arrecato *injuria* il Danno, derivi esso dalla intenzione di nuocere (*dolus*), o da disavvertenza (*culpa*) anche levissima, perocchè *in lege aquilia et levissima culpa venit* (*fr. 44 Dig. h. t.*) (1) *b*) Il Danno deve essere conseguenza ancora di un *fatto positivo*, perchè un *fatto negativo*, ossìa una omissione, di regola non è ingiusta ed illecita, se non quando l' omittente era per un legame giuridico obbligato a fare ciò che omise di fare (*fr. 15* §. 2 *Dig de usufr. VII, 1 - fr. 27* §. *9 Dig. h. t.*), ma allora quella omissione autorizza chi ne risentì pregiudizio, a sperimentare l' azione nascente dal Contratto. L' omissione può fare responsabile taluno di danno dato con ingiuria, quando avendo in antecedenza eseguito un fatto, omise di eseguire quello che era necessario, affinchè quel fatto non riuscisse pregiudicevole, e così diede occasione al danno (*fr. 8 pr. fr. 27* §. *9 fr.* 30 §. *3 fr. 44* §. *1 fr. 45 Dig. h. t. IX*, 2).

§. 472. La legge Aquilia, che fu un Plebiscito emanato sulla proposizione del Tribuno Aquilio, l' anno 468 di Roma, prese a regolare il *damnum injuria datum*, derogando a tutte le

(1) Molti esempj di *culpa* punibile riscontransi nelle Istit. Imp. dal §. 3 a 8 h. t. e nella Pand. ai fr. 5, 6, 7, 8, 9, 10 eod.

leggi anteriori in proposito, non esclusa quella Decemvirale (*fr. 1 pr. Dig. h. t.*). Questa legge conteneva tre capitoli: Il *primo capitolo* disponeva, che quegli il quale avesse senza diritto (*injuria*) ucciso uno schiavo, od un quadrupede di quei che vanno sotto il titolo di bestiame (*pecus*) appartenente ad altri, fosse condannato a pagare al proprietario il maggior valore, che quel servo o quell' animale ebbero nell' anno antecedente all' uccisione (*fr. 2 pr. Dig. h. t. - Istit. pr. e §. 1 eod.*). La Giurisprudenza interpretando questo capitolo stabilì, che non solamente si dovesse valutare il corpo che era perito, ma inoltre tutto il danno, che per la sua perdita aveva risentito il proprietario, laonde se fosse stato ucciso il cavallo di una pariglia, si dovesse valutare non soltanto il prezzo del cavallo morto, ma eziandìo il deprezzamento di quello rimasto superstite (*Gajo III. §. 112 - Istit. §. 10 h. t. - fr. 23 pr. e §. 2 - fr. 22 §. 1 Dig. eod.*). - Il *secondo capitolo* della legge Aquilia, sappiamo dalle Istituzioni di Gajo (*Commentario III, §. 215*), essere stato relativo all' *adstipulator*, che in frode dello Stipulante avesse liberato il Debitore, rimettendogli il Debito mediante l' Accettilazione. Cessato l' uso degli *Adstipulatores*, questo secondo capitolo andò in disuso, come appunto dicono le Istituzioni Imperiali (*§. 12 h. t. ed il fr. 17 §. 4 ad legem Aquiliam IX, 2*) tanto che senza il ritrovamento delle Istituzioni di Gajo, ne avremmo ignorato il disposto. - Il *terzo capitolo* della legge Aquilia, prendeva di mira *ogni altra specie di danno* cagionato con la distruzione o la lesione della cosa altrui, ed obbligava l' autore del medesimo a pagare il più alto valore, che la cosa avesse avuto negli ultimi 30 giorni. Era dunque applicabile a chi avesse *ferito* uno schiavo, o il *pecus* altrui, oppure *ucciso un animale, ma che non potesse chiamarsi pecus*, esempigrazia il cane altrui, od avesse *ustum, ruptum, aut fractum* qualunque cosa inanimata. Il participio passato *ruptum*, aveva un significato generalissimo dacchè esprimeva *corruptum*, e così qualunque specie di guasto o danneggiamento; e comprendeva quello arrecato stracciando, schiacciando, rompendo, bruciando, versando, disperdendo, distruggendo, o deteriorando anche per via di

mescolamento di una sostanza con l' altra (*Gajo III*, §. 2 17 - *fr. Istit.* §. 13 *h. t.* - *fr.* 27 §. 5 *e* 15 *eod.*).

§. 473. La *lex Aquilia* contemplava: il danno che era stato cagionato *corpore et corpori* (*Istit.* §. 16 *h. t.* - *fr.* 51 *pr. Dig. eod.*): *corpore* cioè il danno proveniente direttamente dal corpo della persona del danneggiatore, che aveva fatto istrumento di danno le proprie membra, percuotendo con le medesime o con un arme, o altro arnese (*fr. 7* §. 1 *fr. 9 pr. e.* §. 1 *fr.* 11 §. 5 - *fr.* 29 §. 2 *Dig. h t.*). E per conseguenza, se taluno avesso tenuto chiuso lo schiavo altrui finchè non fosse morto di fame, o avesse spaventato l'altrui animale, che datosi alla fuga si fosse fracassato le membra cadendo in un precipizio, non ricorrevano i termini precisi della legge Aquilia (*Istit.* §. 16 *h. t.* - *Gajo III*, 2, 19 - *fr.* 53 *Dig. h. t.* - *fr.* 4 *Dig. de servo corrupto XI*, 3). Il Danno doveva pure essere arrecato *corpori*, ad un corpo; era necessario che un corpo fosse stato leso, distrutto, o danneggiato; quindi se taluno avesse nuociuto ad altri, senza distruggere, nè danneggiare cosa o persona a costui appartenente; (a mo' d' esempio se gli avesse scatenato lo schiavo e fattolo fuggire, azione che non danneggiava cosa o persona, ma che arrecava un nocumento al proprietario) eziandìo in tal caso, e nei consimili, non ricorrevano i termini della legge Aquilia (*Istit. h. t.* §. 16 *in f.* - *fr.* 33 *Dig. eod.* - *fr.* 7 *Dig. de dolo malo IV*, 3). Ma la Giurisprudenza, riconoscendo quanto sottile fosse la distinzione fra il Danno arrecato *corpore et corpori*, ed il Danno arrecato *corpori*, ma non *corpore*: ammise per questa seconda specie di danno, l' azione della legge Aquilia *utilmente*, cioè per analogìa, per estensione (*Istit*: §. 16. *h. t.* - *fr.* 7 §. 3 *fr. 9 fr.* 11, §. 1, 5 *fr.* 29 §. 7 - *fr.* 30 §. 3, *fr.* 53 *Dig. eod.* - *fr.* 15 § 1 *Dig. de præscr. verb. XIX*, 5 - *fr.* 2 §. 20. *Dig. vi bon. rapt. XLVII*, 8). Se poi il Danno fosse stato cagionato, ma *nec corpore nec corpori*, non erano assolutamente applicabili le disposizioni della legge Aquilia. Infatti nessun corpo essendo stato danneggiato o distrutto, non si verificava nè direttamente nè indirettamente la specie di danno contemplato da quella legge; allora se il fatto non fosse ricaduto sotto il titolo di un Delitto speciale, (come di plagio

di corruzione di servo, e simili), si dava una azione generale in *factum*, la quale suppliva alla mancanza di un azione più speciale (*fr. 7 §. 6 Dig. h. t.*). L' azione della legge Aquilia spettava al proprietario della cosa distrutta o danneggiata, ma in seguito il possessore di buona fede, il creditore pignoratizio, ed in generale le persone che avevano interesse alla conservazione della cosa, a cagione di un diritto patrimoniale reale sulla medesima, ebbero l'*actio utilis Aquiliæ* (*fr. 11 §. 8, fr. 17 pr. Dig. h. t. - fr. 11 §. 10, fr. 12, fr. 17 pr. §. 3 fr. 30 §. 1 Dig eod.*). Coloro che hanno interesse alla conservazione della cosa in conseguenza di un vincolo obbligatorio, p. e. i Compratori, non hanno *l' actio legis Aquiliæ* (*fr. 11 §. 7 Dig. h. t.*) ma possono farsela cedere dal proprietario, che doveva consegnare loro tal cosa. Queste tre azioni: *Legis Aquiliæ*, *utilis aquiliæ*, *in factum*, sebbene avessero un origine differente, (in Gius Antico, causa di diversità nella redazione della *formula*), in Gius Nuovo differiscono soltanto nel nome. L' *azione legis Aquiliæ* è azione *mista*; infatti serve a far conseguire il risarcimento del danno arrecato, ed inoltre il più alto valore, che la cosa distrutta o deteriorata, ebbe nell' anno, o nei trenta giorni antecedenti al Delitto. Se il colpevole nega il Delitto, è condannato nel doppio: *lis inficiando, crescit in duplum* (*Istit. §. 19, 26 de actionibus IV, 6 - fr. 2 §. 1 Dig. h. t. - cost. 4 Cod. eod.*). L' *actio legis Aquiliæ*, come azione *mista*, può essere intentata contro gli eredi del colpevole, ma soltanto *in quantum locupletiores facti sunt* (*Istit. §. 9 h. t. - fr. 23 §. 8 Dig. eod.*). Qualora il danno fosse stato cagionato da più persone, che avessero agito di concerto, tutte sono responsabili, contro tutte può essere intentata l' *actio legis aquiliæ*, e la condanna subita dall'una, non libera le altre (*fr. 11 §. 2, 3, 4 fr. 15 §. 1, 5, fr. 23 §. 10 fr. 51 Dig. h. t.*). Può avvenire, che indipendentemente *dall' actio legis aquiliæ*, il proprietario di una cosa, abbia ancora un azione resultante da un vincolo obbligatorio, che l'univa con l' autore, del danno: esempigrazia il locatore ha l' *actio locati*, se la cosa fu danneggiata dal conduttore. Allora il proprietario ha la scelta fra quelle due azioni; ma l' esercizio dell'una, non è compatibile con quello dell' altra

(*fr.* 7 §. 8, *fr.* 18, *fr.* 27 *Dig. h. t.*); ciò nonostante se prescelse l'azione derivante dal contratto, può poi conseguire con *l'actio legis aquiliæ* quel di più, che se avesse prima sperimentato quest' azione, avrebbe ottenuto (*fr.* 34 §. 2 *Dig. h. t.*)

4.° Delle Ingiurie (De injuriis).

Istit. Lib. IV, tit. 4 de Injuriis - Dig. Lib. XLVII, tit. 10 de Injuriis et famosis libellis - Cod Lib. IX. tit, 35 de Injuriis.

§. 474. Ulpiano nel *fr.* 1 *Dig. de injuriis et famosis libellis* (*XLVII*, 10) ci insegna che: *quod non jure fit, injuria fieri dicitur*; Ingiuria in generale significa dunque, tuttociò che si fa senza diritto; ma in un significato più speciale, Ingiuria esprime *Contumelia*; *specialiter autem* (aggiunge quel Giureconsulto l. cit.) *specialiter autem, injuria dicitur contumelia*; *contumelia*, ossia oltraggio, offesa. È in questo secondo significato, che quì si parla delle Ingiurie, ed è in esso che può dirsi, le Ingiurie consistere *in qualunque fatto o detto, dolosamente diretto all' altrui contumelia.*

§. 475. L'Ingiuria è: *qualunque fatto o detto*: di quì la distinzione fra Ingiurie *Reali*, ed Ingiurie *Verbali* (*fr.* 1 §. 1 *Dig. h. t.*).

a) *Ingiurie Verbali* sono quelle, consistenti in parole oltraggiose. Circostanza aggravante delle Ingiurie Verbali, è il *Convocium* o *Convicium*, il quale si verifica, quando più voci infamanti si inalzano contemporaneamente a proferire parole di contumelia contro un cittadino, sia questo presente od assente (*fr.* 1 §. 1, *fr.* 15 §. 7 e 11 *Dig. h. t. - Paolo V, 4, 21 - Istit.* §. 1 *h. t.*).

b) *Ingiurie Reali* sono quelle nelle quali la contumelia deriva dal fatto, come quando si fa contumelia altrui, percuotendolo, od anche alzando le mani per percuoterlo, o cuoprendolo di mondiglia, o violando il suo domicilio, o contro il suo divieto entrando nel suo fondo (*fr.* 1 §. 1 *fr.* 5 *pr.* §. 2 *fr.* 15 §. 1 *Dig. h. t.*, *fr.* 1 §. 1 *Dig. de extraord. crim. XLVII*, 11 - *fr.* 21 §. 7 *Dig. de furtis XLVII*, 2), o esponendo alcuno all' altrui derisione con libelli infamanti, *carmina famosa*, o con scrit-

ture, od altri segni rappresentativi del pensiero ugualmente oltraggiosi, o seguitando vistosamente, sebbene in silenzio una persona onesta, o attentando al suo pudore (*Gajo III* §. *220* - *Paolo V, 4, 1, 4 e 14* - *fr. 1* §. *1*, 2 *fr. 15* §. *22*, *29*, 32 *e 33 Dig. h. t.*). Sono ugualmente Ingiurie reali l' insultare il convojo funebre, od il cadavere (*fr. 1* §. *4 e 6 Dig. h. t.*), lo spezzare, od il mutilare la statua del padre di colui che si vuole insultare (*fr. 27 Dig. h. t.*), l'impedire a taluno senza l' intenzione di commettere una usurpazione, sibbene con l' animo di ingiuriare, l' esercizio dei Diritti che gli spettano, sia come privato, sia come cittadino, p. e. vietandogli di vendere le cose sue, di fare le sue raccolte, di usare delli oggetti che gli appartengono (*fr. 25 Dig. de act. emt. XIX, 1 fr. 13* §. *7 Dig. h. t.*), di pescare nel mare, di passare per una strada, di passeggiare, sedersi, o conversare su di una piazza pubblica, (*fr. 13* §. *7 Dig. eod.*). Ingiuria reale è del pari, il propinare a taluno una qualche sostanza esilarante, per renderlo oggetto di ludibrio nella procuratagli ebbrezza (*fr. 15 Dig. eod.*). Il prendere possesso dei beni di un altro, quasi fosse nostro debitore, l' interpellarlo o tradurlo dinanzi al tribunale come tale, sebbene sappiamo che debitore non è (*fr. 15* §. *33 fr. 13* §. *3 Dig. h. t.* - *Istit.* §. *1 eod.*), il rivendicare quasi fosse un servo nostro, o l' arrestare come servo fuggitivo un uomo, che sappiamo essere libero (*fr. 11* §. *9 fr. 12 e fr. 22 Dig. h. t.* - *cost. 9 Cod. eod.*) : tutti questi fatti, ed altri analoghi, che occorrono citati nelle nostre Fonti, sono ingiurie, quando sieno eseguiti con l' intenzione di arrecare altrui infamia o contumelia. L' Ingiuria è ***semplice***, quando non è aggravata da nessuna circostanza, è ***atroce*** quando qualificata da qualche circostanza:

(*a*) di *fatto*, come se taluno fu percosso con verghe, o nel volto,

(*b*) di *luogo*, come se l' ingiuria fu inferita in teatro, nel foro, alla presenza del magistrato,

(*c*) di ***persona***, come se l' ingiuria fu fatta ad un Magistrato, o ad un Senatore da una persona di umile condizione, o ad un ascendente dal discendente, od al patrono dal liberto,

(*d*) di *tempo*, come se l' ingiuria fu arrecata in un momen-

to solenne, verbigrazia quando l' ingiuriato celebrava nozze, od accompagnava una pompa funebre (*Istit.* §. *9. h. t. - Gajo III*, *225. - Paolo V*, *4*, *10 - fr. 7*, *fr. 8*, *fr. 9. Dig. h. t.*).

§. 476. Nel definire le ingiurie dicemmo, che consistono in qualunque fatto o detto, diretto *dolosamente*, all' altrui contumelia. Or bene, con l' avverbio *dolosamente*, abbiamo voluto esprimere, che all' esistenza del delitto di ingiuria, è necessario nell' agente l' *animus injuriandi;* cum enim injuria ex affectu facentis consistat (*fr. 5*, §. *1*, *Dig. h. t.*). Quindi non rispondono di ingiurie, i privi di volontà razionale, come gli infanti, ed i mentecatti, *injuriam potest facere nemo, nisi qui scit, se injuriam facere* (*fr.* 3. §. *1. 2. Dig. h. t.*); nè è reo di ingiuria chi offese altri in un giuoco, in una giostra, o chi battè un uomo libero credendolo il proprio servo, (*fr. 5*, §. *5. 4. fr. 4 Dig. h. t.*), o chi percosse *monendi et docendi causa*, o *ad correctionem*, quando abbia l' autorità di correggere, e serbi misura nella correzione. Responsabile di ingiurie è, non soltanto chi le inferì, ma ancora chi dolosamente le fece inferire (*Istit.* §. *11*, *h. t. - fr. 11*, *pr.* §. 3 - *6 fr. 15.* §. *8*, *10 Dig. eod. fr. 5*, §. 3, *Dig. ad legem Aquil. IX*, *2*, *- fr. 15*, §. *58*, *59. Dig. h. t.*).

§. 477. Per ingiurie ha diritto di querelarsi, oltre che il cittadino direttamente colpito dalla contumelia, eziandìo chi indirettamente venne a risentirla, per le sue relazioni di potestà o di affetto con la persona direttamente ingiuriata. Il paterfamilias, per questa ragione, può querelarsi per le ingiurie arrecate ai figli, ai servi, alla moglie, alla nuora, alla fidanzata (*Cajo III*, *221*, *222 - Istit.* §. *2. 5*, *h. t. - fr. 1.* §. *3 e 9*, *fr. 2*, *fr. 15.* §. *24. Dig. h. t.*). Ma l' azione delle ingiurie intentata dal padre, dal marito, dallo sposo, è intentata per la contumelia che essi hanno indirettamente risentita, non per quella direttamente arrecata alle persone, che sono loro unite per vincoli di subjezione o di affetto, attalchè queste ultime persone hanno Diritto di intentare esse pure l' azione delle ingiurie. Lo fanno da se, ove possono stare sole in giudizio, altrimenti per mezzo della persona dalla quale dipendono. Laonde può accadere, che p. e. il padre, si faccia in due giudizj separati a vendicare la ingiuria indi-

rettamente inferitagli nella persona del figlio, e l' ingiuria direttamente sofferta dal figlio (*fr.* 10. 11. *Dig. h. t.*). Objetto di ingiuria può essere qualunque persona libera, ancorchè non sia capace di valutarla: *pati quis injuriam, etiamsi non sentiat, potest* (*fr.* 3. §. 1 e 2, *Dig. h. t.*). Il servo non è personalmente objetto possibile di ingiuria, l' ingiuria ricade sul padrone, il quale solo può intentare l' azione relativa. Per l' Editto del Pretore il padrone, ed il padrone solo, poteva intentare un' azione speciale di ingiurie se il servo fosse stato torturato, o battuto, o ingiuriato senza animo di far contumelia al padrone (*Istit.* §. 3. *h. t* - *Gajo III*, 222 - *fr* 16, §. 35, 44. e 45. *Dig. h. t.*). Ove il servo appartenesse in comune a più comproprietarii, ognuno di essi potrebbe intentare l' azione delle ingiurie (*Istit.* §. 4. *h. t.*); ma la può intentere il proprietario e non l' usufruttuario, nè il possessore di buona fede, ammenochè la ingiuria fosse stata diretta evidentemente contro quest' ultimi (*Istit.* §. 5. 6. *h. t.* - *fr.* 15, §. 47. *Dig. eod*). L' ingiuria fatta all' uomo libero, che serve in buona fede, non può essere vendicata dal suo creduto padrone, se non nel caso che fosse stata commessa per fare contumelia a lui: in caso diverso l' azione spetta a quell' uomo libero (*Istit.* §. 6. *h. t.* - *fr.* 15, §. 48. *Dig. eod*).

§. 478. La legge Decemvirale puniva i *carmina famosa* con la *magna capitis diminutio*, comminava la pena del taglione, (che le parti potevano ridurre a pena pecuniaria, per accordo fra loro), alla rottura di un membro; una pena pecuniaria alla frattura di uno osso (*Gajo III*, 223, 224, - *Istit.* §. 7. *h. t.*). Ma in seguito il Pretore permise alla persona ingiuriata, di stimare da se la riparazione pecuniaria dovutagli. Il Pretore si riserbò la facoltà di moderare quella stima, ma ridottala ai termini di giustizia, dava un *actio injuriarum æstimatoria*, con la quale l' ingiuriato, otteneva la dovutagli indennità. Le pene comminate dalla legge decemvirale andarono in dissuetudine, e contro l' ingiuriatore si potè intentare, o una persecuzione criminale straordinaria, o *l' actio æstimatoria* introdotta dal Pretore (*fr.* 6 e 7 *Dig. h, t.*). L' *actio injuriarum æstimatoria*, come azione Pretoria, si prescriveva in un anno; poteva essere esercitata dal

paterfamilias ancora per ingiurie inferite alle persone, che erano legate a lui per vincoli di subjezione o di affetto (*Gajo III*, 221 *Paolo V*, 4. 3, - *Istit*. §. 2, 3, *h. t.* - *fr*. 1 §. 3 e 4, *fr*. 11 §. 7, *fr*. 15, §. 24, *fr*. 17, §. 10 - 16. *fr*. 18. §. 4, 5 *fr*. 30 e 31 *Dig. h. t.*) . Non spettava agli eredi dell' ingiuriato, nè poteva essere intentata contro gli eredi dell' ingiuriatore, perchè era una delle azioni *vindictam spirantes*. In caso di ingiurie Reali, una *lex Cornelia* (forse la *lex Cornelia de Sicariis*), permise di intentare contro l' autore delle medesime un'*actio injuriarum*. Quest' azione poteva essere sperimentata *ob eam rem quod se pulsatum, quis verberatumve, domumve suam vi introitum esse dicat*. (*Istit*. §. 8. *h. t.* - *fr* 5, *Dig. eod.*). Tale azione era civile, e si prescriveva soltanto dopo 30 anni. Con la medesima si otteneva il pagamento di una pena; l' ammontare della quale era fissato dal giudice. Gli eredi dell' ingiuriato, non erano ammessi a sperimentarla, nè poteva essere sperimentata contro gli eredi dell' ingiuriatore (*fr*. 23 *pr. Dig. h. t.* - *Istit*. § 1. *perpet. et temp. act. IV*, 12) ; e competeva alla sola persona che direttamente aveva patito l' ingiuria (*fr*. 5. *pr. Dig. h. t.*) . La *lex Cornelia* lasciò la scelta all' ingiuriato, o di sperimentare l' *actio injuriarum* per ottenere la condanna dallo ingiuriatore alla pena privata, o di agire criminalmente per fargli infliggere una pena pubblica (*fr*. 5 *pr*. §. 2 - 5. *fr*. 37. §. 1. *Dig. h. t.* - *Paolo V*, 4, 8). (a)

CAPITOLO III.

Delle obbligazioni derivanti *ex variis causarum figuris*

§ 479 Le obbligazioni, lo dicemmo, (Vedi sopra §. 259 pag. 36) derivano o da Contratto, o da Delitto, o da varie altre cause: *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* (*fr*. 1 *Dig. de oblig. et act. XLIV*, 7). Vero è bene, che il Diritto Romano, nel suo primitivo rigore, riconobbe come cau-

[a] Gli articoli 366 - 373 del Codice Penale contemplano i Delitti contro il buon nome altrui, e fra questi il Delitto di ingiuria (art. 368].

sa di obbligazione soltanto i *Contratti* ed i *Delitti;* ma quando la Giurisprudenza ammise altre cause di obbligazione, che non erano nè Contratti né Delitti, disse che erano imitazione o figure svariate di quelle (*variæ causarum figuræ*). Se presentavano una certa analogìa coi Contratti o coi Delitti, disse che l'obbligazione nasceva come da un Contratto, *quasi ex contractu*, o come da un Delitto, *quasi ex delicto*, (onde per brevità derivarono le locuzioni *Quasi - Contratto Quasi - Delitto*), se poi quelle cause non avevano nessuna analogia nè coi Contratti nè coi Delitti, le chiamò *variæ causarum figuræ*, in un senso più speciale.

I. *DE OBLIGATIONIBUS QUASI EX CONTRACTU*

Istit. Lib. III, Tit. 27. de obligationibus quasi ex contractu.

§. 480. I Quasi Contratti non esistono per accordo di volontà, per consenso delle parti; attalchè veri e proprii Contratti non sono: per altra parte non avendo nulla di illecito, non sono delitti: e non rassomigliando ai Delitti, non possono neppure dirsi quasi delitti; presentando invece tutti analogìa con un qualche Contratto, si dicono Quasi Contratti. Il fatto è l'origine del vincolo di Gius nelle obbligazioni *quasi ex contractu*, fatto intervenuto in tali circostanze, che avrebbe dovuto essere causa di obbligazione, se nelle circostanze medesime il consenso espresso delle parti fosse stato possibile, e non fosse stato impedito o dall' assenza, o dalla mancanza di intelletto, o da errore. Il vincolo obbligatorio, ripetiamolo, nasce dunque dal fatto, e non dal consenso: ma il fatto è tale, che volendo rispettati i principj della giustizia e della equità, è giuoco forza ritenerlo come causa di obbligazione. E nella nostre Fonti si esprime questo concetto col dire, che l'obbligazione nasce *ex re* ossia dal fatto, e che nasce *utilitatis*, *æquitatis causa* (*fr. 5 pr. fr. 46. Dig. de obligat. et act. XLIV, 7*), ossia a cagione di *utilità risentita*, attalchè l' *equità è causa* di una obbligazione in chi risentì quell' utile, verso chi glielo procurò. A torto alcuni scrittori assegnano il Consenso *presunto*, qual causa del vincolo obbligatorio nei quasi Contratti; ed in vero ciò non è detto nelle Fonti

nostre in luogo alcuno, ed inoltre in certi fatti il consenso non si potrebbe presumere, eppure il vincolo obbligatorio esiste. Nel testo non occorre definizione dei quasi Contratti, e facile non è definirli; tuttavolta ci sembra; che possono definirsi: *Fatti leciti pei quali, tanto chi li eseguisce scientemente, quanto chi li eseguisce inscientemente, rimane obbligato a cagione di utilità, e di equità*. Noi con le Istituzioni Imperiali annoveriamo fra i quasi Contratti:

A la Gestione di affari (*Negotiorum Gestio*),

B la Comunione Incidentale (*Communio Incidens*),

C il Pagamento dell' Indebito (*Indebiti Solutio*).

D l' Amministrazione della Tutela e della Cura (*Tutelæ vel Curæ Gestio*),

E l' Adizione dell' Eredità (*Hereditatis aditio*),

A) *Negotiorum Gestio*

Dig, Lib. III. tit. 5. de negotiis gestis, Cod Lib. II. tit. 19 de negotiis gestis.

§. 481. *È un quasi Contratto pel quale taluno (negotiorum gestor) tratta gli affari stragiudiciali di un altro (dominus rei gestæ, dominus negotiationis) senza averne ricevuto Mandato, anzi ad insaputa di lui.*

Condizioni all' esistenza della Negotiorum Gestio, sono:

(1°) Che siasi impreso a trattare gli affari stragiudiciali altrui.

(2°) Che abbiasi avuto l' intenzione di obbligare il *dominus rei gestæ*.

(3°) Che non siasi avuto commissione espressa, o tacita di trattare quelli affari,

(4°) Che non vi fosse proibizione di trattarli,

(5°) Che la gestione sia stata impresa in circostanze in cui fosse utile.

(1°) Affinchè esista *Negotiorum Gestio* è necessario, che siasi impreso a trattare affari *stragiudiciali*, giacchè chi assume la trattazione di affari giudiciali di un altro, assente, è *Difensore*, non *Gestore* di negozj. E questi affari stragiudiciali debbo-

no essere *altrui*, non proprii. Chi tratta gli affari proprii, sebbene creda trattare gli altrui, non dà vita a nessun vincolo obbligatorio: e chi crede di trattare affari esclusivamente altrui ma che in realtà sono in parte anche proprj, dà vita ad una *negotiorum gestio* parziale, ossia limitata alla parte, che altri ha in quelli affari (*fr. 6. Dig. h. t.*). L' errore sulla persona i cui affari furono trattati, è indifferente; laonde se taluno credendo trattare gli affari di Tizio, tratta quelli di Cajo, dà sempre vita ad una *Negotiorum gestio* (*fr. 5. §. 1. fr.* 6. §. 4. 9 - 11, *fr, 45.* §. *2, fr. 49. Dig. h. t. - fr. 14* §. *1. fr. 29. pr. Dig. comm. divid. X,* 3), ma ciò non avverrebbe se trattando gli affari altrui, avesse creduto trattare i proprj (*fr. 14* §. 1 *Dig. com. divid* X, 3 - *fr. 29. pr. Dig. eod. - fr. 53. Dig. de condict. indeb. XII, 6 - fr. 14. Dig. de doli mali except. XLIV, 4*); allora egli non avrebbe, *per Diritto Romano*, se non che un *Jus retentionis*, che potrebbe far valere mediante *l' exceptio doli*. Ne vedemmo degli Esempj in materia di Accessione e di Specificazione (Vedi Vol. I. Lib. II. §. 118 lett. b) pag. 546 e 547 - §. 121 pag. 550 §. 124. pag. 553). In Pratica per altro sarebbe considerato come un *Negotiorum gestor*. - Talvôlta, oltre il proprietario degli affari trattati, (*dominus rei gestæ*), rimane obbligato in conseguenza della *negotiorum gestio*, anche altra persona, che ne ha risentito vantaggio. Esempigrazia chi tratta gli affari di un Pupillo, con l'intendimento di giovare non solo al Pupillo, ma ancora al Tutore, obbliga e l' uno e l' altro (*fr. 6* §. *Dig. h. t.*); e chi tratta gli affari, che il proprietario aveva affidato ad un mandatario, obbliga tanto questo mandatario quanto quel proprietario (*fr. 3.* § *ult. - fr. 4, fr. 21.* §. *3, fr. 28, fr. 46.* §. 1. *Dig. h. t. - cost. 14, Cod. eod.*), perocchè queste persone tutte risentono vantaggio della *negotiorum gestio.*

2) All' esistenza della *Negotiorum gestio* addimandasi in secondo luogo, che l'agente abbia inteso di obbligare il *dominus rei gestæ*; una gestione eseguita con l'intenzione di esercitare una liberalità, *donandi animo,* verso il *dominus rei gestæ*, non darebbe vita ad obbligazione in quest' ultimo (*fr. 4, fr. 27* §. 1 *fr. 44 Dig. h. t. - cost.* 11, 12, 13, 14 *Cod. eod.*). Ma

quell'intenzione di donare, deve resultare evidente dalle circostanze del fatto; non si presume; infatti perfino le spese fatte per alimentare prossimi congiunti, non si presumono commesse *donandi animo* (*fr. 34 Dig. h. t.*). Quegli poi, che avesse impreso a trattare gli affari altrui, con bieco intendimento, *improbe, deprædandi causa*, non obbligherebbe il *dominus rei gestæ*, che dentro la misura dell'utilità procuratagli (*fr. 6 §. 5 Dig. h. t.*).

3) Affinchè possa parlarsi di *Negotiorum gestio*, l'agente non deve avere avuto commissione espressa o tacita di agire, perocchè se avesse avuto commissione espressa, esisterebbe Mandato *Espresso*, e se tacita, Mandato *Tacito*. (*fr. 5 §. 5 fr. 6 pr. fr. 24, 41 Dig. h. t. - fr. 16 Dig. de S. C. Maced. XIV, 6 - fr. 6 §. 2 fr. 18, 53 Dig. Mandati XVII, 1 - fr. 60 Dig. de regulis juris L, 17 - cost. 6 Cod. eod. IV, 35*). Ove l'agente avesse creduto avere un Mandato, che effettivamente non aveva, esisterebbe *Negotiorum Gestio*, e non Mandato (*fr. 5 Dig. h. t.*); lo stesso dicasi, se il Mandato conferito fosse stato nullo (*fr. 6 §. 5 fr. 7, fr. 19 §. 2, fr. 32 Dig. h. t.*). La ratifica del *dominus rei gestæ*, non toglie il carattere di *negotiorum gestio* all'insieme dei fatti che l'hanno preceduta; lo toglie soltanto a quelli che lo seguono (*fr. 6 §. 9, 10 fr 9 Dig. h. t. - fr. 50 pr Dig Mandati XVII, 1*).

4) Qualora il *dominus rei gestæ* si fosse opposto alla gestione, che altri avesse impreso a fare degli affari di lui, non rimarrebbe obbligato per cotale gestione proibita (*fr. 8 §. 3 Dig. h. t. - fr. 40 Dig. Mandati XVII, 1 cost. 24 Cod. h. t.*). Imperocchè in tal caso non potendosi presumere, che il Gerente avesse agito con animo di commettere un Delitto, dovrebbesi per necessità presumere avesse agito con animo di donare. Nè si objetti, che il *dominus rei gestæ* avendo risentito un vantaggio, l'equità esige che indennizzi il Gerente (*fr. 206 Dig. de reg. juris*), perocchè se il Gerente risentì danno, lo deve imputare a se; e quello non è un danno, che abbia risentito *injuria*; è un danno anzi, che deve soffrire, perchè conseguenza del suo agire *sine jure*, o con *injuria*.

5) Finalmente, all'effetto di obbligare il *Dominus rei gestæ*,

la Gestione dev' essere stata impresa in circostanze nelle quali fosse utile. L'errore del gerente sull'utilità, non può supplire alla mancanza della utilità medesima; suppongasi, esempigrazia, che il Gerente avesse fabbricato una abitazione, della quale il *dominus* non avesse bisogno, e dalla quale non potesse ricavare nessun vantaggio; sebbene il Gerente avesse agito con l' opinione di fare l' utile del *dominus*, dovrebbe sopportare le conseguenze del suo errore: perocchè di regola non abbia ricorso contro il *dominus*, che fino alla misura del vantaggio risentito da quest' ultimo (*fr.* 25, *fr.* 51 §. 4 *Dig. h. t.*). Tuttavolta se la gestione fosse stata impresa in circostanze nelle quali era utile, ma in seguito, quelle causalmente mutate, l' utilità fosse sparita, siccome utilità esistè, il *dominus* rimarrebbe obbligato. Verbigrazia, se il Gestore si fosse fatto a restaurare un edifizio, che per vetustà minacciava rovina, dovrebbe essere rimborsato delle spese fatte a quell' uopo, comunque in seguito un terremoto avesse fatto rovinare l' edifizio (*fr.* 10 *Dig. h. t.*).

§. 482. Concorrendo le condizioni fin quì enumerate, la gestione obbliga tanto il *Gestor*, quanto il *Dominus rei gestæ*, quand' anche quest' ultimo personalmente non fosse capace di obbligarsi, perchè p. e. infante, o furioso (*fr.* 3 §. 5. *e* 6 *Dig. h. t. - fr* 46 *Dig. de oblig. et act. XLIV. 7*). Ma il gerente non si obbliga, se non ha capacità giuridica alle obbligazioni (*fr.* 3 §. 4 *Dig. h. t.*). La ragione dell' obbligazione del *dominus gestæ* è l' equità naturale, per cui si esige, che la persona la quale risentì una utilità, perchè altri trattò i suoi affari, sia vincolata a risarcire dei danni o rimborsare delle spese, che ebbe a soffrire chi operò quella trattazione. La ragione dell' obbligazione del *Gestor*, è l' essersi mescolato spontaneo negli affari altrui; mescolarsi negli affari altrui è in generale una Colpa *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti* (*fr.* 36 *Dig. de reg. juris L.* 17), e sebbene in qualche caso possa riuscire di vantaggio ad altri, fa sempre contrarre delle responsabilità. La *Negotiorum gestio* non è un Contratto, perchè manca la commissione espressa o tacita del *Dominus rei gestæ*, ma è un Quasi Contratto, perchè produce effetti analoghi ad un Contratto, e precisamente al Contratto di Mandato.

§. 483. É questo il luogo opportuno per esaminare cotali effetti, relativamente al *Gestor*, ed al *Dominus rei gestæ.*

A) Relativamente al Gestor. Appena vi ha Gestione di un affare altrui, e Gestione senza Mandato, il Gestore è obbligato:

1.° A condurre a termine gli affari dei quali cominciò la Gestione, nonostante che il *Dominus rei gestæ* venisse a morire prima del compimento della medesima (*fr. 6* §. *12*, *fr. 19* §. *4*, *fr. 21* §. *2*, *fr. 31* §. *2*, 3, *fr. 58 Dig. h. t.*). E ciò a differenza del Mandatario, il quale con la morte del Mandante, desiste dalle sue funzioni. La ragione di cotal differenza è facile a intendersi: il Mandato si fonda sulla fiducia, cosa tutta personale; la gestione degli affari si fonda sulla utilità risentita, la quale può essere risentita anche dagli Eredi del *dominus rei gestæ*

2.° Il Gestore deve adoperare nella Gestione, tutta la diligenza di un diligente padre di famiglia; è responsabile di qualunque colpa anche leve (*Istit.* §. *1 de obl. quasi ex contr. III*, *27* - *cost. 20 Cod h. t.*), Questa grave responsabilità è imposta pel sospetto, che desta lo spontaneo sobbarcarsi agli affari altrui, ed è un ragionevole rigore verso chi si mostra fiducioso nella propria abilità, e nel suo saper fare (Vedi sopra §. 248 n°. 1.° pag. 26). Ma se taluno prese a trattare gli affari di un altro, per necessità, o per salvare una qualche cosa da un danno o da una perdita inevitabile, a mo' di esempio, se fu preso a restaurare un edifizio rovinoso, allora quel *negotiorum gestor* è responsabile soltanto della colpa lata (*fr. 3* §. *9 Dig. h. t.*). Il Gestore risponde invece, perfino del caso fortuito, ove abbia impreso speculazioni molto arrisicate, insolite pel *dominus rei gestæ* (*fr. 11 Dig. h. t.*), verbigrazia se col danaro di lui, fece costruire una nave, la impiegò nel commercio dei grani, e questa perì in un naufragio, mentre il *dominus* non si era mai occupato di costruzioni navali, nè di commercio marittimo.

3.° Il Gestore è obbligato a render conto, ed a restituire al proprietario tutto quanto ritirò per conto di lui, insieme coi frutti e gli interessi (*Istit.* §. *1 de oblg. quæ quasi ex contr. III*, *27* - *fr. 2*, *fr. 6* §. *12*, *fr. 31* §. *3 fr. 23*, *fr. 38 Dig.*

h. t. - *cost.* 19 *Cod. eod.* - *cost.* 3 *Cod. de rei vind. III, 32)*. Il Gestore, che si è incaricato di più affari, ha facoltà di compensare i lucri derivanti da un affare, con le perdite che sono derivate da un affare diverso (*fr.* 11 *Dig. h. t.*); e se constasse, che eziandìo senza il suo intervento si sarebbe verificata una perdita, egli non ne risponderebbe (*fr.* 5 §. 9, *fr.* 6 §. 12, *fr.* 21 § 2, *fr.* 24 §. 2 *Dig. h. t.*). Il Gestore, debitore personale del *Dominus*, deve le usure ordinarie dal dì della scadenza del debito, quand' anche questo fosse infruttifero, ma dovrebbe le usure più elevate possibili, se avesse impiegato a proprio vantaggio i danari di quello (*fr.* 6 *fr.* 38 *Dig. h. t.*) Di tutte queste obbligazioni del *Gestor*, il *Dominus rei gestæ* ottiene l' esecuzione, sperimentando *l' actio negotiorum gestorum directa* (*Istit.* §. 1 *de obl. quæ quasi ex contr. III*, 27).

B) ***Relativamente al Dominus rei gestæ***. Allorquando il Gestore, intese di obbligare *il Dominus*, imprese utilmente la Gestione, ed *il Dominus* non la inibì, gli obblighi di quest' ultimo sono i seguenti:

1.° Liberare il Gerente dalle obbligazioni contratte, per vantaggio di lui *Dominus* (*fr.* 2, *fr.* 40 *Dig. h. t.*), rimborsarlo delle spese che costui ha dovuto fare pella Gestione (*fr.* 2 *fr.* 45 *Dig. h. t. cost.* 3, 10, 15 *Cod. eod*), e pagargli le usure del danaro che di proprio nella medesima avesse impiegato (*fr* 19 §. 4 *Dig. h. t.* - *cost.* 18 *Cod. eod.* - *fr.* 37 *Dig. de usuris XXII*, 1 - *cost.* 24 *Cod. eod. IV*, 32). Questi obblighi esistono nel *Dominus rei gestæ*, ancorquando il caso avesse fatto svanire l' utilità della Gestione (*fr.* 10 §. 1, *fr.* 12 §. 2, *fr.* 13, *fr.* 22 *fr.* 31 *pr. fr.* 37 §. 1 *Dig. h. t.*). Tuttavolta vuolsi ritenere, che il Gestore non può reclamare, se non che quello di cui il *Dominus* si è locupletato per la gestione, quando il *Dominus* era incapace di obbligarsi, e quando il Gestore aveva intenzione di fare un guadagno per se, o di recare un danno al *Dominus* (*fr.* 6 §. 3 *Dig. h. t*). Il Gestore ha l' *actio negotiorum gestorum contraria* per costringere il *Dominus*, all' esecuzione di queste sue obbligazioni (*Istit.* §. 1 *de obl. quæ ex quasi contr. III*. 27).

§. 484. Una specie particolare di Gestione di affari, è la spontanea cura, che taluno si prende dei funerali, e della tumulazione di un defunto. Quegli che si prende siffatta cura, ha *l'actio funeraria*, per ripetere da chi era obbligato a tali ufficj pietosi, ciò che ha speso a quell' uopo. Le seguenti, sono condizioni all' esperimento di quest' azione:

a) che la persona, la quale ordinò quei funerali e quello interramento, lo facesse con animo di rivalersi della spesa, contro chi di ragione (*fr. 14* §. 7 - *fr. 27* §. *1*, *fr. 44 Dig. h. t. - cost. 11 Cod. eod.*).

b) che i funerali e la tumulazione, fossero proporzionati e addicevoli alla condizione del trapassato, e per conseguenza nè soverchiamente sfarzosi, nè modesti troppo (*fr. 12* §. 5 *fr. 14* §. *5, 6, 10 Dig. de Religiosis et sumpt. fun. XI, 7.*

c) che non vi sia altra azione per ottenere il rimborso di quelle spese (*fr. 14* §. *12. 15 Dig. eod.*) - La persona, cui spetta *l' actio funeraria*, ha prelazione su tutti i creditori, vale a dire deve essere pagata a preferenza degli altri creditori, abbenchè privilegiati (*fr. 15* §. *1 fr. 45 Dig. de relig. et sumpt. fun. XI*, 7). Quest' azione può essere intentata eziandìo nel caso in cui chi aveva obbligo di fare quei funerali e quello interramento, non solo non li avesse fatti, ma si fosse opposto acciocchè altri rendesse quest' ultimo tributo di pia onoranza, alla spoglia mortale del trapassato (*fr. 14* §. 13 - *17 Dig. de relig. et sumpt. fun. XI*, 7).

B) Communio Incidens.

Dig. Lib. X. Tit. I. Finium regundorum - Tit. 2 Familiæ erciscundæ - Tit. 3 Communi dividundo - Cod. Lib. III. Tit. 36 familiæ erciscundæ - Tit. 37 communi dividundo - Tit. 38 communia utriusque judicii - Tit. 39 finium regundorum.

§. 485. La *Communio Incidens* è: un *quasi contratto fra due o più persone, accidentalmente unite fra loro per un vincolo, nascente dall' avere a comune dei beni.* La *Communio incidens* può derivare dal caso, o da disposto di legge, o da libe-

ralità di un terzo (*Istit.* §. *27, 28 de rer. divis. II, 1 - cost. 34* §. 2 *Cod. de donat. VIII,* 54 - *fr.* 2 *pr, Dig. fam. ercisc. X,* 2 - *fr.* 31 *Dig. pro Socio XVII*, 2). Dal *caso*, come se per accidente furono smarriti i confini, che limitavano i fondi di proprietarj diversi; dal *disposto di legge*, come quando la legge chiama più persone ad una stessa eredità per parti intellettuali; da liberalità di un terzo, come se mediante Donazione, o Legato, è lasciata a più persone una cosa stessa per parti intellettuali, o mediante Testamento è lasciata una stessa Eredità a più persone parimente per porzioni ideali. Laonde *Communio incidens* può esistere relativamente:

a) ad una Eredità comune, fra più eredi.

b) ad una cosa, o più cose singole, comuni fra più comproprietarii.

c) a più fondi limitrofi, appartenenti a proprietarj diversi, ma dei quali fondi sieonsi smarriti gli antichi confini.

§. 486. Le relazioni fra i Comunisti, derivanti dalla *Communio Incidens*, sono analoghe a quella fra i Socj derivanti dalla Società; se non che, la *Communio Incidens* non è un Contratto; ed in vero non si stabilisce per consenso delle parti come la Società, nè i Comunisti si propongono di raggiungere un fine comune come i Socj (Vedi sopra §. 367 pag. 156 e 157). Tuttavolta, siccome dalla Comunione *æquitatis, utilitatis causa*, nascono obblighi e diritti reciproci nei Comunisti quasi, o come se, fra loro fossero uniti per un Contratto, si dice che la *Communio incidens* è un Quasi Contratto.

§. 487. Allorquando una Eredità, od una o più cose singole, sono comuni fra più persone, ogni coerede o condomino ha il diritto di intentare una azione per ottenere lo scioglimento della comunanza. L' appartenere una cosa in comune a più, si considera dalla legge come un motivo di dissensioni e di litigj, quindi essa accorda il diritto ad ogni comunista di conseguire la divisione della cosa comune (*fr. 8 pr. Dig. comm. divid. X. 3 - cost. ult. Cod. eod.*), e dichiara nullo il patto, col quale i comunisti si fossero obbligati a rimanere per sempre nella indivisione. Tutto al più, è lecito pattuire quella comunione, per

un tempo determinato (*fr. 14* §. 2 *Dig. comm. divid. X, 2*). Obblighi e Diritti di ciascun Comunista sono:

1.° Dividere con gli altri i prodotti delle cose comuni; e principalmente i frutti, che solo ne ha ritratti, ed ogni maniera di guadagno provenutogli dalle cose comuni (*fr. 19 fr. 44* §. 2, 3, *fr. 47*, *fr. 56 Dig. fam. ercisc. X.* 2 - *fr. 3*, *fr. 4* §. 3, *fr. 6 pr.* §. 2, 3, *fr. 11*, *fr.* 23 *Dig. comm. divid. X, 3*).

2.° Risarcire i danni cagionati per sua colpa alle cose od agli affari comuni (*fr.* 16 §. *4*, *fr. 17*, *fr.* 25 §. 17, *18 Dig. fam. ercisc.* X, 2 - *fr.* 3 *pr. fr. 8* § 2, *fr.* 20 *Dig. com. divid. X*, 3), ma non è responsabile se non che per la mancanza di quella diligenza, che suole adoperare nelle cose proprie (*fr. 25* §. *16 Dig. fam. ercisc. X*, 2)

3.° Ogni Comunista ha poi diritto di essere rimborsato di ciò che ha speso, o pagato per gli affari comuni, e di essere risarcito dei danni sofferti per occasione dei medesimi (*fr. 18* §. *3 Dig. fam. ercisc.* X, *2* - *fr. 4* §. 3, *fr. 14* §. *1*, *fr.* 29 *pr. Dig. com. divid. X*, 3 - *cost.* 18 §. *1 Cod fam. ercisc. III. 36*). Questi obblighi, che non derivano dalla volontà, ma che nascono *ex re*, *dal fatto* della comunione, e dall' equità naturale, la quale impone che chi ha risentito un utile pel fatto di un altro, debba eziandìo risarcirlo dei danni o rimborsarlo delle spese, cui dovè sobbarcarsi per procurarglielo, e che niuno possa locupletarsi con altrui jattura, legano eziandìo le persone, che per volontà loro non potrebbero obbligarsi, come i pupilli ed i furiosi (*fr. 46 Dig. de oblig. et act.* XLIV, *7*).

§. 488. Le stesse regole valgano in generale, per la confusione dei confini fra più proprietarj limitrofi. Ognuno di questi ha facoltà di agire contro l' altro, per ottenere la riapposizione dei confini; ognuno è obbligato a render conto all' altro dei frutti indebitamente percetti, a riparare il danno cagionato per propria colpa, a pagare le usure: ma per altra parte, ognuno ha diritto di farsi rimborsare delle spese, fatte a favore dell' altro (*fr. 4* §. 1, *2*, *Dig. fin. reg.* X, *1* - *cost. 1 cod. eod. VII*, *51*).

§. 489. Per sciogliere la Comunione possono i Comunisti procedere all' amichevole, e la *Divisione convenzionale* fra loro sta-

bilita vale, e produce gli stessi effetti di un Contratto (*cost. 1 Cod. com. utr. jud. III, 38*). Ognuno di essi deve prestare all'altro garanzia in caso di Evizione (*fr. 10 §. 2. Dig. eod. - fr. 66 §. 3. Dig. de evict. XXI, 2*), e la loro divisione convenzionale può essere invalidata per le ragioni stesse, che invalidano le altre convenzioni tutte, (*cost. 3 Cod. comm. utr. jud. III, 38*). Nell'impossibilità di concludere una divisione Convenzionale, i Comunisti hanno diritto di ottenerla *Giudiciaria*.

A questo effetto adoperano le Azioni dette divisorie (*actiones divisoriæ, judicia divisoria*), delle quali già furono altrove ricordati i nomi speciali, e che sono:

L' *actio Finium Regundorum, l' actio Familiæ Erciscundæ, l' actio Communi Dividundo* (Vedi Vol. I. Lib. 2 §. 88. pag. 503, 504). Con queste azioni, oltre che lo scioglimento della comunione, si ottiene ancora l' esecuzione delle obbligazioni che ne derivarono. (a)

Tali azioni si chiamano *giudizj doppi* (*judicia duplicia*), perchè ognuno dei condividenti può assumervi tanto la veste di attore, quanto di reo convenuto (*Istit. §. 20, de act. IV. 6 - fr. 10 Dig. fin. reg. X, 1 - fr. 2 §. 3, fr. 44, §. 4. Dig. fam. ercisc. X; 2 - fr. 3. §. 1, fr. 29. §. 4 Dig. com. divid. X, 3*).

(*a*) L' *actio finium regundorum* è la più antica fra queste azioni. - In realtà essa non è una azione divisoria di cose co-

(a) Giustiniano qualificò queste azioni come *azioni miste* quasi aventi il doppio carattere di personali e di reali (*Istit. §. 20 de act. IV, 6*), di *personali* in quanto fanno conseguire l' esecuzione delle obbligazioni derivanti da comunione, di *reali* in quanto sono attributive di proprietà per i condividenti; ma la verità è che sono azioni *personali* pel fondamento, per la direzione e per lo scopo; pel fondamento perchè hanno per base delle relazioni obbligatorie fra i comunisti, per la direzione perchè si intentano contro quelle persone determinate che sono in comunione; per lo scopo, perchè mirano a far cessare le relazioni obbligatorie derivanti dalla comunione. D' altronde come azioni personali sono qualificate in più luoghi delle nostre fonti (*fr. 1. Dig. fin. reg. X; 1 - fr. 22, §. 4. Dig. fam. ercisc. X, 2 - fr. 4, fr. 40. Dig. comm. divid. X. 3 - cost. 1 §. 1 Cod. de ann. except, VII. 40*). E se Ulpiano le dice egli pure azioni *miste*, le appella in questa guisa in un altro senso, nel senso di giudizj doppj (*fr. 37 §. 1 Dig. de oblig. et. act; XLIV, 7*). Nonostante in pratica comunemente si ritengono come azioni miste, nel senso dato da Giustiniano a questa qualifica.

muni, perchè mira a determinare i confini fra due fondi, che non sono comuni, ma siccome ha molte analogìe con le azioni veramente divisorie, e alla pari di quelle può terminare con una Aggiudicazione, dai Romani Giureconsulti è considerata sempre come divisoria - L' azione *finium regundorum* è applicabile alla confusione di confini fra due fondi rustici contigui, ed in antico si diceva che dava luogo ad una *controversia de fine* se si questionava sui *quinque pedes*, che dividevano gli *agri limitati*; ad una *controversia de loco*, se si questionava sopra uno spazio di terreno più esteso e diverso (*Cic. de legibus I*, 21.- Vedi pure *Hygenus e Frontinus*). Tale azione non ha luogo quando si conoscono i confini, ed un proprietario sostiene, che l' altro li abbia oltrepassati; perocchè in tal caso è luogo alla *rei vindicatio* (*cost. 1 Cod. fin. reg. III*, 39). Può essere sperimentata non solamente dal proprietario, ma eziandìo dall' usufruttuario, e dal creditore pignoratizio. Il Giudice deve cercare di rintracciare gli antichi confini, per mezzo di testimonj, di documenti, e dei segni di confine (*fr. 8 fr. 11 Dig. h. t. - fr. 10 Dig. de probat. XXII, 3 - cost. 3 Cod. h. t.*). Ove non gli venga fatto di constatarli, ad evitare nuove questioni ed incertezze, può decidere la lite o mediante aggiudicazione, cioè aggiudicando una metà del terreno in questione a ciascuno dei confinanti, o mediante aggiudicazione e condanna, vale a dire può fissare i confini in una nuova direzione, aggiudicando in proprietà ad uno dei confinanti una certa porzione di terreno, e condannandolo a sborsare una somma di danaro all' altra parte (*Istit. §. 6 de officio judicis IV, 17 - fr. 2 §. 1, fr. 3 Dig. h. t.*). La sentenza può contenere ancora la condanna alla restituzione di frutti indebitamente percetti, ed al risarcimento di danni ingiustamente cagionati (*fr. 4 §. 1, 2 fr. 7, fr. 8 Dig. h. t. - Istit. §. 6 de off. jud. IV, 17 - fr. 56 Dig. fam. ercisc. X, 2*).

b) L' actio familiæ erciscundæ, azione speciale con la quale si ottiene fra più coeredi la divisione della eredità, sarà da noi dichiarata trattando delle successioni ereditarie.

c) L' actio communi dividundo suppone una comproprietà, o almeno una comunanza di diritti patrimoniali reali, che si

voglia discioglierе (*fr.* 4 §. 9 *Dig. fin. reg.* X, 1 - *fr.* 10, *fr.* 14 - 16 §. 2 *Dig. fam. ercisc.* X, 2 - *fr.* 4 *pr. fr.* 7 *Dig. com. divid.* X, 3 - *fr.* 1 §. 8 *Dig. de superf.* XLIII, 18). Questa azione fu introdotta l' ultima; è più generale delle due antecedenti, ed avrebbe potuto renderle inutili, se quando fu introdotta, le altre non avessero già acquistato dei caratteri speciali, che valessero a distinguerle da questa. Massima generale, che deve seguitare il Giudice nel procedere alla Divisione di cose comuni, è quella di conformarsi più che è possibile ai desiderj delle parti, e qualora non sieno concordi, di dividere nel modo che riesce più utile per tutte (*fr.* 21 *Dig. h. t.* X, 2). La divisione può èsser fatta in maniere differenti, secondochè si tratta di comunione di una o più cose, e secondo l' indole di queste. Quando la Comunione comprende più cose, p. e. più edifizj, il Giudice invece di dividere ciascheduno di essi, procede ad assegne di edifizj intieri; ed a questo effetto prima li fa stimare, poi formatone dei lotti di un valore più che è possibile uguale, distribuisce a sorte ogni lotto, od assegna secondo le ragioni di maggiore personale convenienza, uno speciale lotto a ciascheduno dei condividenti (*Istit.* §. 4 *de officio judicis* IV, 17). **Ma** ove questo modo di divisione non sia praticabile, perchè esempigrazia un solo fondo sia objetto della comunione, il Giudice ordina la materiale divisione della cosa fra i condomini (*Istit.* §. 5 *eod.*); questa resultando impossibile fisicamente (come se objetto della comunione fosse un quadro), od impossibile economicamente (come se per la divisione la cosa comune perdesse di valore, p. e. se fosse una collezione di medaglie), il Giudice ordina aprirsi una licitazione o fra i soli condividenti, o ammettendovi eziandìo gli estranei, ed assegna la cosa al maggiore offerente (*fr.* 19 §. 3 *Dig. comm. divid.* X, 3 - *fr.* 22 §. 1 *Dig. fam. ercisc.* X, 2 - *cost.* 1 *e* 3 *Cod. comm. divid.* III, 37); oppure se lo reputa più utile, assegna in proprietà assoluta quella cosa ad uno dei condividenti, imponendogli l' obbligo di pagare all' altro la metà del valore della medesima (*Istit.* §. 5 *Dig. de off. jud.* IV, 17 - *fr.* 55 *Dig fam. ercisc.* X, 2). Essendo objetto di comunione una cosa indivisibile, non è vietato al Giudice assegnarne ad uno dei con-

dividenti la proprietà, all' altro l' usufrutto (*Istit.* §. 5 *de off. jud. IV, 17 - fr. 22* §. 3 *Dig. fam. ercisc. X, 2 - fr. 6* §. 10 *Dig. com. divid. X, 3*). Qualora il Giudice faccia tante parti o lotti dei beni comuni, quanti sono i condividenti, e proceda per assegne, la Divisione si risolve evidentemente in tante permute; si risolve invece in una compra e vendita, ove assegni ad uno solo dei condividenti la cosa indivisibile, unico objetto della comunione, obbligandolo a sodisfare gli altri in contanti. Ma qualunque siasi il modo di divisione adoperato, esso porta seco sempre una *alienazione* ed uno *acquisto*; una alienazione, perchè ognuno dei condividenti aliena quella quota intellettuale di proprietà che aveva sull'objetto della comunione; un *acquisto*, perchè in contraccambio riceve una parte materiale della cosa, o qualcheduna fra le cose comuni, o del contante. La divisione giudiciaria è obbligatoria per le parti, che intervennero alla medesima (*cost. 16 Cod. fam. ercisc. III, 36*); possono per altro chiedere la *in integrum restitutio* contro la medesima, e qualora abbiano giuste ragioni, possono conseguirla. *L' actio communi dividundo* tende allo scioglimento della comunione, ma mediante la medesima si ottiene ancora l' esecuzione delle obbligazioni, cui la comunione ha dato luogo (*fr. 22* §. *4 Dig. fam. ercisc. X, 2, - fr. 3, fr. 6* §. *1, fr. 11, fr. 14* §. *1 Dig. comm. divid. X, 3*). I Socj valgonsi di quest' azione per ottenere la partizione dei beni Sociali, al quale intento non serve *l' actio pro Socio* (Vedi sopra §. 374 n.º 4 pag. 163); ed a loro non è inibito di intentarla eziandìo nel caso, che non abbiano idea di sciogliere la Società, sibbene di dividersi cose comuni (*fr. 14* §. *1 Dig. com. divid. X, 3*)

C) Indebiti Solutio

Dig. Lib. XII. Tit. 6 de condictione indebiti - Cod. Lib. IV. Tit. 5 de condictione indebiti.

§. 490. É un *Quasi Contratto dal quale nasce il Diritto in chi pagò per errore quello che non doveva, di ripetere il pagato, e l' obbligo corrispondente in chi ricevè l' indebito, di restituirlo* (*Istit.* §. 6 *de obl. quæ quasi ex contr. III, 28*).

Essendo cosa ingiusta ed iniqua il locupletarsi con altrui jattura (*fr. 14 Dig: h. t. XII, 6*), chi riceve indebitamente, è obbligato *ex bono et æquo a restituire* (*fr. 66 Dig. eod.*), quasi avesse ricevuto a Mutuo (*Istit.* §. *1 quib. mod. re contr. oblig. III, 14*). Tale obbligo di restituire, non deriva da un Contratto vero e proprio, qual sarebbe il Mutuo; perchè la cosa indebita fu data per errore, e così senza quel consenso libero ed illuminato, che è necessario nei Contratti; è un obbligo nascente dall' equità, la quale esige che chi ha risentito una utilità, non dovutagli, restituendo il ricevuto, ristabilisca l' alterata uguaglianza; è dunque un obbligo nascente da un quasi contratto, analogo al contratto di Mutuo,

§. 491. Tre Condizioni debbono concorrere affinchè esista questo quasi Contratto:

(1°) che il pagamento sia stato eseguito

(2°) che non fosse dovuto

(3°) che sia stato fatto per errore

(1°) Quando parlasi di pagamento di indebito (*indebiti solutio*), la parola pagamento è adoperata nel significato suo più ampio, nel quale stà ad indicare qualunque maniera di eseguire una obbligazione, e così tanto il *dare*, quanto il *facere*, come il *præstare*. La prestazione di un fatto, è anch' essa un pagamento, e se questo fatto fu indebitamente prestato, ed è valutabile, può ripetersene il valore (*fr. 26* §. *12 e fr. 40* §. *2 Dig. h. t.*). La ragione di equità, che obbliga a restituire l' indebito, militando ancora per le liberazioni (*fr. 22* §. *1 e fr. 39 Dig. eod.*), e per gli obblighi assuntisi indebitamente (*fr. 31 Dig. eod.*), eziandìo per questi produce gli stessi effetti giuridici, che pel pagamento dell' indebito. L' idea della *indebiti solutio* fu dunque, estesa a qualunque atto eseguito indebitamente. Affinchè possa parlarsi di *indebiti solutio*, il pagamento (*solutio*) deve essere stato eseguito validamente, astrazione fatta dall' insussistenza dell' obbligazione; se per qualche motivo diverso da quell' insussistenza, il pagamento fosse invalido, p, e. perchè fosse stato fatto ad un pupillo, o ad un prodigo, non potrebbesi dire esistere *indebiti solutio*, non pagan-

dosi validamonte a siffatte persone. Allora occorrerebbe invocare altri principj, per ottonerne la restituzione.

(2°) Seconda Condizione dell' *indebito solutio,* abbiamo detto essere questa ; *che il pagamento non fosse dovuto.* Non lice ripetere ciò che fu pagato in esecuzione di una obbligazione naturale, perchè per quella debito esisteva ; non era un debito di cui l'altra parte potesse esigere il pagamento mediante una azione, ma comunque naturale, era pur sempre un debito (*fr.* 13, *fr.* 26 §. 9, *fr.* 38, *fr.* 40, *fr.* 64 *Dig, h. t.*). In alcuni casi la legge vieta di ripetere come indebito quello che fu pagato in adempimento non già di una obbligazione naturale , ma in sodisfazione di un debito morale; non vuole insomma che si ripeta come indebito, ciò che almeno per la morale indebito non è (Vedi sopra §. 233 pag. 9). E la ripetizione dell' indebito, non è data a chi pagò un debito naturale, o un debito che la morale gli imponeva di pagare, ancorchè il pagamento fosse stato operato credendolo per errore dovuto civilmente. Chi ha pagato prima del tempo, o innanzi il verificarsi della condizione, non è ammesso a ripetere come indebito quello che pagò, se all' epoca del pagamento era indubitabile, che il termine sarebbe giunto, o la condizione si sarebbe verificata (*fr.* 10, *fr.* 16 §. 1, *fr.* 17 *e* 18 *Dig. h. t.*) , avvegnachè in tali casi è fuori di questione, che egli doveva, quanto pagò. Effettivo pagamento di indebito esiste :

a) quando fu pagato a chi non era creditore, o fu pagato da chi non era debitore (*fr.* 19 §. 1 *fr.* 65 *Dig. h t.* - *fr.* 51 *pr. Dig. de hered. petit. V,* 3 - *cost.* 8 *Cod h. t.*). Ma se un debito che realmente esiste, fu pagato da persona diversa dal debitore, nell' opinione erronea di essere obbligata a pagare pel debitore, la persona che pagò, ha ricorso contro il debitore liberato mercè il pagamento, non contro il creditore che lo ricevè: perchè a quest' ultimo quel pagamento era dovuto, e per quello fu estinto il suo credito (*fr.* 44 *Dig. h. t.*).

b) quando fu pagata *cosa diversa* da quella dovuta, *o più* del dovuto (*fr* 19 §. 3, *fr.* 32 §. 3 *Dig. h. t.* - *cost.* 1 *Cod. eod.*). - La legge poi *autorizza espressamente a ripetere come indebito* :

α il pagamento fatto in esecuzione di uno obbligazione *jure civili reprobata* (*Vedi sopra* §. *232* *pag.* 8).

β e quello fatto in esecuzione di una obbligazione *inanis* (*Vedi sopra* §. *232* *pag.* *8 in f. e 9 in pr.*).

3.º L'ultima condizione all'esistenza dell' *indebiti solutio*, si è che il pagamento sia stato eseguito per errore, vale a dire nella erronea opinione di eseguire una obbligazione (*fr. 1, fr. 26* §. *5, fr. 50, e fr. 62 Dig. h. t. - cost. 1 Cod. eod.*). Infatti si presume, che abbia voluta donare chi ha pagato scientemente l'indebito (*fr. 53 Dig. de reg. jur. L, 17 - fr. 26* §. 8, *fr. 62 Dig. h. t.*), e perciò non gli si permette di ripetere ciò che diede. Questo è vero, quando la persona che pagò scientemente l'indebito, fosse capace di donare, perchè in caso contrario (come se fosse un pupillo od un prodigo) la regola ora accennata non procederebbe (*fr.* 29 *Dig. h. t.*). È lecito ripetere come indebito quello che fu pagato oltre i 500 solidi, in esecuzione di una Donazione non insinuata, ancorquando chi pagò, lo fece con la scienza che quello eccedente era indebito (*cost. 34 pr. cost. 36* §. *3 Cod. de Donat. VIII, 54*); infatti non è da presumersi la intenzione di donare tale eccedente, quando la legge appunto vieta di donarlo. Chi pagò con la scienza di non dovere, ma per remunerare o donare, non può ripetere come indebito il pagato, allegando un errore sulla causa della sua liberalità; esempigrazia Tizio nell'opinione, che Cajo gli abbia reso un servigio, gli dà in ricompensa una somma di danaro; Tizio non sarebbe ammesso a ripeterla, sebbene poi scuoprisse che quel servigio non gli fu reso da Cajo (*fr. 65* §. *2 Dig h. t.*); imperocchè siccome quella remunerazione *non era un debito* per Tizio, dandola, scientemente pagò l'indebito, e chi paga scientemente l'indebito non è autorizzato a ripetere il pagato. Il dubbio di dovere, espresso che sia, esclude l'intenzione di donare, e per conseguenza abilita a ripetere il pagamento (*cost. 11 Cod. h. t. fr. 2, fr. 56 Dig. eod.*). È questione fra gli interpreti del Diritto Romano, se il pagamento eseguito per errore di diritto, possa venire ripetuto. Vi ha chi l'impugna, appoggiandosi sopra alcuni luoghi delle nostre fonti, che negano quella ripetizione in modo assoluto *(cost.*

10 *Cod. de juris et facti ignorantia I, 18 - cost. 6 Cod. eod.*). o che almeno presuppongono l' errore di fatto come causa di ripetizione dell' indebito (*cost. 6 e 7 Cod h. t. IV, 5*). Altri invece, credono che l' errore, o sia di fatto, o sia di diritto, dia sempre luogo alla ripetizione di ciò che per errore fu pagato; e si fondano sopra altri luoghi del testo, ove pare che tal distinzione fra errore di fatto e di diritto, non sia ammessa (*fr 25 §. 1 fr. 43 Dig. h. t. - cost. 5 Cod. de pactis II, 3 - cost. 5 Cod. de condict. indeb. IV, 5*). In mezzo a questa divergenza di opinioni, noi riteniamo, doversi seguitare anche quì la regola, altrove enunciata, intorno all' errore di Diritto (Vedi sopra §. 268 lett. b pag. 50), vale a dire: che l' errore di diritto nuoce in generale a chi l' ha commesso, ammenochè sia un errore scusabile, o si tratti di evitare una perdita a chi versò nel medesimo.

§. 492. L' azione, mediante la quale può ripetersi l' indebito, è detta *Condictio Indebiti*. Spetta a chi pagò l'indebito, ed ai suoi eredi (*fr. 12 fr. 19 § 1 Dig. h. t.*). Qualora chi materialmente pagò l'indebito, l'avesse pagato come Mandatario, o Rappresentante, la *condictio indebiti* spetterebbe al Mandante o Principale. (*fr 5, fr. 6 fr. 46 §. 7 Dig. h. t. - cost. 6 Cod. eod.*), ed il Mandatario o Rappresentante potrebbe esercitare contro il Mandante o Principale, *l' actio mandati o negotiorum gestorum contraria* per farsi indennizzare. Ma se chi pagò l' indebito, pagò per altri, senza aver ricevuto commissione, ed il suo pagamento non fu ratificato dalla persona nello interesse di cui fu fatto, egli potrà ripetere il pagato con la *condictio sine causa* (*fr. 6 fr. 7, fr. 67 §. 1 Dig. h. t.*). La *condictio indebiti* si intenta contro chi ricevè il pagamento dell' indebito, e contro i suoi eredi; ma se chi ricevè il pagamento era un Rappresentante, od un Mandatario, sarà necessario intentarla contro il Mandante od il Principale. Scopo di quest' azione, è di ottenere la restituzione di ciò che fu pagato. Qualora il pagamento sia stato fatto in cose fungibili, si ottiene la restituzione di altrettanto nello stesso genere e qualità, ma senza interessi, come nel Mutuo (*fr. 7, fr. 19 §. 2 Dig. h. t. - cost. 1 Cod. eod. - Istit. §. 6 de obl. quæ quasi ex contr. III, 27*), perchè la *condictio*

indebiti è un *actio stricti juris* (*cost.* 1 *Cod. h. t.*); ove poi il pagamento sia stato fatto in cose infungibili, allora si ottiene la restituzione delle identiche cose pagate con ogni loro accessione, e coi frutti percetti e percipiendi, dopo la contestazione della lite, perocchè questa contestazione ponga in mala fede chi ricevè il pagamento (*fr. 7 Dig. h. t. - fr. 25 Dig. præscr. verb. XIX, 5*). Debbono per altro diffalcarsi le spese fatte da costui in buona fede, appunto come nel giudizio di rivendicazione (*fr. 15 pr, fr. 26 §. 12 fr. 65 §. 5 Dig. h. t.*). Dei servigj indebitamente prestati, si ottiene il prezzo di stima; del debito indebitamente accollatosi la restituzione, del diritto indebitamente rinunziato l'annullamento della rinunzia (*fr. 22 §. 1 fr. 26 §. 12, fr. 40 §. 2 Dig. h. t. - cost. 3 Cod. eod.*).

§. 493. Chi intenta la *condictio indebiti*, ha l' obbligo di provare: 1.º che *pagò* 2.º che *pagò indebitamente, e per errore.* Ma se il reo convenuto nega il fatto del pagamento, e l' attore glielo prova, allora spetta al reo convenuto a provare che quello che gli fu pagato, gli era dovuto (*fr. 25 Dig. de probat. XXII, 3*). La stessa prova incombe fornire, a chi è convenuto con la *condictio indebiti* da un minore, da una donna, da un militare, o da una persona rustica (*fr. 25 §. 1 Dig. de probat. XXII, 3*). La persona, che ha rilasciato un chirografo, nel quale si confessa debitore, ma senza avere effettivamente ricevuto cosa alcuna, qualora richieda la restituzione di quel chirografo, così indebitamente rilasciato, non ha l'obbligo di provare che nulla doveva, se nel chirografo manca l' indicazione di una causa determinata del debito confessato (*cautio indiscreta*), per lo contrario deve fornire quella prova, se nel chirografo è indicata la causa del debito (*cautio discreta*) (*Vedi il fr. 25 §. 4 Dig. de probat. XXII, 3*).

D) *Tutelæ vel Curæ Gestio.*

§. 494. È questo: un *quasi contratto, pel quale il Tutore ed il Curatore sono obbligati a rettamente e diligentemente amministrare ed a render conto, ed il Pupillo e Sottoposto sono viceversa obbligati ad indennizzare il Tutore ed il Curatore.* Avendo altrove diffusamente dichiarate le relazioni giuri-

diche, che sorgono fra Tutore e Pupillo, Curatore, e Sottoposto, in conseguenza della Gestione della Tutela e della Cura (Vedi Vol. 1 Lib. 1 §. 218. e seg. pag. 355. e seg.), non staremo a ripeterle quì. Ricorderemo soltanto, come da quella gestione nascano le azioni *Tutelæ Directa e Contraria*, che si danno come azioni *utili* fra Sottoposto e Curatore (*Vedi Vol. 1 Lib. I. §. 241 pag. 376 e seg. §. 267 pag. 401*). La Gestione degli affari del Pupillo e del Sottoposto, addimanderebbe l' opera di un Mandatario, ma il Pupillo ed il Sottoposto non hanno facoltà giuridica di nominarlo, perchè sono incapaci del Contratto Consensuale di Mandato, attalchè la legge lo nomina per loro. Il Tutore ed il Curatore non sono dunque veri e proprj Mandatarj, perchè ripetono lo ufficio loro dalla Legge, e non dal consenso del Pupillo e del Sottoposto; ma la Legge impone loro obblighi verso il Pupillo e il Sottoposto, analoghi a quelli del Mandatario verso il Mandante. L' Amministrazione del Tutore e del Curatore, arrecando *utilità* al Pupillo ed al Sottoposto, *equità* esige che questi ultimi che tali utilità risentirono, sieno obbligati a risarcire quei primi dei danni, a rimborsarli delle spese, a liberarli dalle obbligazioni, in cui per ragione dell' ufficio esercitato, fossero incorsi; ed è questa una obbligazione *eventuale* pel Pupillo e pel Sottoposto, analoga a quella del Mandante verso il Mandatario. Dalle quali cose si raccoglie, che la *Tutelæ vel curæ Gestio* se non è un Contratto di Mandato, è un Quasi Contratto analogo al Mandato.

E) Hereditatis Aditio

§. 495. L' *Adizione dell' Eredità* sarà da noi definita e spiegata, quando tratteremo delle Successioni Ereditarie. Adesso ci limiteremo ad osservare, che l' Erede nell' adire una successione ereditaria, rimane obbligato a pagare i Legati, ed i Debiti, che la onerano. I Debiti deve pagarli, perchè rappresenta la persona del defunto, e ne continua per così dire, la personalità giuridica. I Legati deve pagarli, perchè il defunto gli diede una specie di Mandato a pagarli, quando lo istituì erede di una eredità onerata di Legati. L' accettazione dell' Eredità, implica accettazione di questo quasi Mandato, che sarebbe stato un vero

Mandato, se la volontà del defunto, e quella di chi accettò l'eredità fossero esistite contemporaneamente. Per questa ragione, *l'Hereditatis Aditio* è un Quasi Contratto analogo al Mandato.

II. *De Obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur.*

Istit. Lib. IV, Tit, 5 de Obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur.

§. 496. Chiamansi Quasi-Delitti: *alcuni fatti obbligatorj, i quali non sono nè Contratti, nè Quasi Contratti, e che non possono essere qualificati come Delitti, perchè quantunque riprensibili, manca loro qualcuno degli elementi del Delitto, attalchè la legge come Delitti non li considera.* La mancanza di alcuni degli elementi proprj del Delitto in questi fatti per se riprensibili, è dunque il loro carattere distintivo; manca in vero nei medesimi il Danno, o se Danno producono, non è cagionato da un fatto proprio della persona, che ne è tenuta per responsabile. Appunto perchè in questi fatti occorrono alcuni, ma non tutti gli elementi dei Delitti, la legge non li dichiara Delitti veri e proprj, e li considera *quasi*, o *come* se fossero Delitti: onde il loro nome volgare di *Quasi Delitti.* A torto i quasi Delitti furono definiti, come: fatti illeciti commessi senza dolo, ma per colpa, cioè per imprevidenza, imprudenza, od ignoranza (*Pothier Oblig. n.° 117. 119.*). Se i quasi Delitti avessero per carattere distintivo la *Culpa*, presso che tutti i fatti contemplati dalla legge Aquilia, sarebbero quasi Delitti; eppure costituiscono invece il Delitto di *Damnum injuria datum.*

§. 497. Dai quasi delitti nasce una Azione *in factum*, vale a dire una azione che nella procedura formularia, aveva una formula redatta sul fatto, azione che assume nome diverso a seconda del fatto. I caratteri generali di questa azione, sono i medesimi di quelli proprii dell'azione nascente dal Delitto; infatti non può essere esercitata contro gli eredi, può essere esercitata tante volte quanti sono gli autori del fatto illecito ec. Le Istituzioni Imperiali enumerano quattro Quasi Delitti, che che noi andiamo ad esaminare separatamente.

a) *Effusum et Dejectum*

§. 498 Ove da una finestra, che si apra sopra un luogo di passo (*ubi vulgò iter fit. fr. 1 §. 2 Dig. de his qui effud. vel dejec. IX, 3*), sia stato versato o gettato qualche cosa senza avvertire in precedenza i viandanti (*fr. 31 Dig. ad leg. Aquil. IX, 2*) cosicchè taluno di questi risenta un danno, sia nelle vesti, sia nella persona, il padre di famiglia che abita nel quartiere dalla finestra del quale avvenne il versamento, o la dejezione, è obbligato mediante l'esperimento a suo carico dell' *actio in factum de effusis et dejectis*, a pagare il doppio del danno cagionato: sia che vi abiti come proprietario, sia come inquilino, sia per qualunque altro titolo, ancora meramente lucrativo. Se per la dejezione rimase ucciso un uomo libero, è obbligato a pagare 100 aurei, e se non rimase ucciso ma ferito, il Giudice stima e tassa la somma, che gli sembra conveniente sia pagata, tenendo conto delle spese che la lesione può aver cagionato, e dell' incapacità perpetua o temporaria al lavoro che può avere prodotto (*Istit. §. 1 h. t. IV, 5 - fr. 1 pr. §. 5, e 6 fr. 5 §. 5 Dig. de his qui effud. vel dejec, IX, 3*). Le leggi Romane ritengono responsabile il paterfamilias, che abita nel quartiere dal quale fu fatto il versamento o la dejezione, senza indagare chi ne fu l' autore: perchè vogliono punire la trascuranza del padre di famiglia, il quale omise di sorvegliare, che i suoi dipendenti non recassero nocumento altrui. Non puniscono dunque l' uno per un fatto commesso da altri, che sia sotto la sua dipendenza: puniscono la trascuranza della persona, dalla quale l' autore del fatto dipende. Questo è tanto vero, che se il figlio di famiglia ha una abitazione separata dal padre, dell' effusione o dejezione avvenuta da quella, il suo *paterfamilias* non è responsabile (*Istit. §. 2 h. t. - fr. 5 Dig. de obl. et act. XLIV, 7*). Aggiungasi, che se si scuopre il vero autore del danno, è punibile ai termini della legge Aquilia. *L' effusum et dejectum* non è un Delitto vero e proprio, perchè sebbene cagioni un danno derivante da *culpa* della persona punita, ciò

non pertanto non è un danno arrecato per un *fatto proprio* della persona punita. (1).

b) *Damnum in navi vel caupona datum.*

§. 499. I padroni di una nave, di un albergo, di una stalla, sono personalmente responsabili del Danno o del Furto commessi nella loro nave, nel loro albergo, nella loro stalla, comunque essi non fossero personalmente cagione del danno, e questo derivasse invece, dai loro dipendenti impiegati al servigio della nave, dell'albergo, o della stalla. Ancora in questo caso si punisce la colpa (*culpa*) del padrone, che impiegò persone capaci di cagionare dei danni o dei furti (*Istit.* §. 3 *h. t. IV*, 5 - *fr.* 5 §. 6 *Dig. de obl. et act. XLIV*, 7 - *fr.* 7 *pr.* §. 1 *Dig. Nautæ, caup. stab. IV*, 9). Ma quella Colpa non si punisce qual Delitto, perchè come nell' *effusum et dejectum*, così qui il danno non è cagionato per un *fatto proprio* della persona che ne è punita. Contro il Padrone si sperimenta una *actio in factum*, mediante la quale si ottiene il *duplo* del danno sofferto. Questa azione è *penale*, e vuole essere bene distinta dall' azione Pretoria *de Recepto*, che vedemmo nascere dal *Receptum* dei Capitani di nave, degli albergatori, ed osti (Vedi sopra §. 445. pag. 232). Ed in vero quell' azione *de Recepto* non è penale, è indipendente da qualunque Delitto, mentre l' azione *in factum* di cui ora parliamo, ha per iscopo di punire i padroni di nave, di albergo, etc. della loro imprevidenza nello scegliere le persone, che impiegano al servigio loro.

c) *Judex qui litem suam facit.*

§. 500. Il Giudice che per negligenza, od ignoranza, produceva un danno ad uno dei litiganti, condannando p. e. ad una somma minore della dovuta il soccombente in causa, diveniva obbligato per cotal fatto: *judex litem suam facit* (*Istit. h. t.*

(1) Il Regolamento di Polizia al §. 4 dell' Art. 128, dichiara punibili i detentori dei quartieri, della bottega, o del casamento, onde è uscito il getto od il versamento, postochè non possa scuoprirsi chi ha gettato o versato.

pr. IV, 5, fr. 6 Dig. de extr. cogn. L, 13). Contro di lui poteva sperimentarsi *una actio in factum*, che i Glossatori chiamano de *Syndacatu* ; e per questa si otteneva la sua condanna ad una pena *in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur*, vale a dire ad una multa valutata giustamente dalla religione del giudicante, il quale naturalmente nello stabilirla, prendeva a guida la stima della lite, (*fr. 15 Dig. de judiciis I, 5*). Quest' azione poteva intentarsi contro il Giudice, dalla persona che per la di lui imperizia avesse subìto una Sentenza lesiva dei proprj diritti, eziandìo nel caso che questa fosse appellabile. Ciò non deve sorprendere, ed in vero l' appello non è sempre utilmente esperibile dalla parte lesa per una Sentenza, perocchè la parte avversa, nel frattempo fra la Sentenza e la decisione dell' appello, può essere divenuta insolvente; aggiungasi che un nuovo giudizio, quale è quello cui dà luogo l' appello, è sempre causa di molestie e di spese, e così di un danno, che deriva dall' imperizia del Giudice, e che questi deve risarcire. È notevole che l' imperizia del Medico, a Roma era un Delitto, contemplato dalla legge Aquilia (*fr. 7 §. 8 Dig. ad leg. Aquil. IX, 2*), mentre l' imperizia del Giudice, l' abbiamo ora veduto, era considerata come un Quasi Delitto. Tale differenza può spiegarsi riflettendo, che il Medico con la sua imperizia reca un danno ad un corpo, *corpori*, attalchè il suo fatto ricadeva sotto il preciso disposto della legge Aquilia, (Vedi sopra §. 473 pag. 2[illegible]) ed era perseguitabile con una azione nascente da Delitto; mentre il Giudice, pronunziando per ignoranza una Sentenza ingiusta, non nuoce ad un corpo; al suo operato mancava dunque uno degli estremi del Delitto: il danno arrecato *corpori*; quindi egli rimaneva obbligato per Quasi Delitto, e non per Delitto. Il Giudice poi, che avesse pronunziato una ingiusta Sentenza per *dolo*, ossia per malvagia volontà, perchè preoccupato dall' odio, dall' amore, o corrotto dal danaro, era reo di un vero Delitto: ed allora non solo era tenuto a prestare la stima della lite, ma incorreva nell' infamia, ed era remosso dall' impiego (*fr. 15 §. 1 Dig. de judiciis V, 1 cost. ult. Cod. de pœna jud. qui male judic. VII, 49*), ed in caso di corruzione, era passibile delle pene comminate dalla

lex Julia repetundarum (*fr.* 1 *fr.* 6 §. *ult. de lege Julia repetundarum XLVIII*, 11).

d) *Positum aut Suspensum*

§. 501. Chi in una strada di passo, *pone* o *sospende* fuori di una abitazione, un qualche oggetto, che cadendo può cagionare danno, è passibile di una azione *in factum de positis et suspensis*: azione esperibile da chiunque osservi quel fatto, e perciò detta azione popolare. Mediante tale azione si ottiene la remozione dell' oggetto posto o sospeso, e la condanna ad una pena privata di 10 aurei, contro l' autore del fatto (*fr.* 1 §. 3 *fr.* 5 §. 6 - 15 *Dig. de his qui effud. IX*, 3 - *fr.* 5 §. 5 *Dig. de oblig. et act. XLIV*, 7 - *Istit.* §. 1 *h. t. IV*, 5). Quest' azione si sperimenta non già contro il *paterfamilias*, bensì contro l' autore del fatto (*fr.* 5 §. 6 e 10 *Dig. de his qui effud. IX*, 3). All' esistenza objettiva del Delitto appartiene il *Danno*, ma nel fatto in esame esistendo soltanto *pericolo*, e *non danno effettivo*, o *danno dato*, perciò il *Positum aut Suspensum* veniva qualificato anzichè come Delitto, come Quasi Delitto. (a)

III. Obligationes quæ ex variis causarum figuris nascuntur.

§. 502. Dicemmo poco sopra, che quando la Giurisprudenza riconobbe altre cause di obbligazione, oltre i Contratti ed i Delitti, le indicò col nome di *variæ causarum figuræ*, cioè imitazioni, figure svariate di quelle. Aggiungemmo che tal nome ebbe due significati; nel più esteso comprese ancora i Quasi Contratti ed i quasi Delitti, nel più limitato comprese tutte quelle cause di obbligazione, che non sono nè Contratti, nè Delitti, nè Quasi Contratti, nè Quasi Delitti (Vedi sopra §. 269 pag. 36 e §. 479 pag. 263). È in questo più limitato significato di quel nome, che noi andiamo a trattare delle *Obligationes quæ ex variis causarum figuris nascuntur*.

(a) Il Regolamento di Polizia agli Art. 123, e 124 contempla l' omissione delle precauzioni, intese ad impedire la caduta di gravi in luogo pubblico.

§. 503. Queste Obbligazioni delle quali andiamo a trattare, possono essere ridotte a tre categorìe, corrispondenti alle tre diverse cause onde derivano. Infatti derivano esse :

I.) Da un fatto illecito di chi rimane obbligato, fatto illecito che non è considerato dalla Legge qual Delitto, nè quale Quasi Delitto. In questa categorìa vengono le obbligazioni nascenti da mutazioni operate nei proprj fondi, lesive dei diritti del vicino.

II) Da un fatto di un terzo, o lecito od illecito, e che la legge considera come se fosse stato eseguito dalla persona, che pel fatto medesimo rimane obbligata. In questa categorìa vengono le obbligazioni dalle quali nascono le così dette *Actiones adjectitiæ qualitatis*, e quelle dalle quali derivano le *Actiones noxales*.

III.) Dalla Legge, che attribuisce all' equità forza obbligatoria, in casi diversi dai Quasi Contratti. In questa categorìa vengono :

a) l' obbligazione di rendere una cosa ricevuta senza diritto di averla o di ritenerla (*sine causa*).

b) l' obbligazione di rendere una cosa ricevuta per fare una prestazione correspettiva, quando questa prestazione non sia eseguita (*causa data, causa non secuta*).

c) l' obbligazione di rendere una cosa ricevuta, per un motivo turpe pel ricevente (*ob turpem causam*).

d) l' obbligazione di risarcire il proprietario del danno sofferto pel getto delle sue merci, operato per salvare la nave (*de jactu*).

e) l' obbligazione di rendere ostensibile qualche cosa, a chi ha interesse di esaminarla (*ad exhibendum*).

f) l' obbligazione di garantire il vicino dal pericolo, in cui lo pone un nostro edifizio rovinoso (*cautio damni infecti*).

(I.)

NOVI OPERIS NUNCIATIO

Dig. Lib. XXXIV, Tit. 1 de operis novi nunciatione - Cod. Lib. VIII, Tit. 11. de operis novi nunciatione.

§. 504. Chi imprende una nuova opera, *opus novum* (1) per la quale il vicino ha da temere un pregiudizio, può essere obbligato a desistere dalla medesima in diverse maniere. Il vicino infatti, può ottenere dal Giudice un formale divieto (*fr. 5 §. 7 Dig. h t.*) ; può, se la nuova opera è fatta sul terreno di cui ha il possesso , impiegare la forza per impedire il proseguimento della medesima, o per demolire il già fatto (*fr. 5 §. 10 Dig. h. t.*), finalmente può fare una protesta verbale sulla faccia del luogo , vietando il proseguimento del lavoro a coloro che lo eseguiscono, od a chiunque ivi rappresenti la persona per conto della quale viene eseguito. (*fr. 5 §. 2 - 4 Dig. h. t.*). È questa ultima protesta, questo divieto che dicesi propriamente *novi operis nunciatio*. Tale *Nunciatio* : deve essere fatta (1°) per un un opera preparata o cominciata, ma non finita: avvegnachè se fosse finita, dovrebbesi intentare l' interdetto *quod clam (fr. 1, vi aut. §. 12, 16 17, Dig. h. t.)*.

(2°) Per un opera aderente al suolo (*fr. 1 §. 12 Dig. eod.*). Hanno facoltà di nunciare l' opera nuova, il proprietario, ed il possessore di buona fede, non che coloro che hanno un *jus in re* sul fondo, diverso dalle servitù personali, i quali per l'opera medesima temono un pregiudizio (*fr. 1 §. 3 Dig. de remissionibus XLIII, 25 - fr. 1 §. 5 fr. 3 §. 3 fr. 8 pr. fr. 9 Dig. h. t. - fr. 15 Dig. de serv. præd. urb. VIII, 8 - fr. 6 §. 7 Dig. si serv. vind. VIII, 5*). Qualunque cittadino poteva nunciare un opera nuova in un luogo pubblico, se pregiudicevole al pubblico interesse (*fr 1 §. 16, 17 fr. 3 §. 4 Dig. h. t.*). La Nunciazione può essere fatta personalmente, o per mezzo di un rappresentante (*fr. 1 §. 5 Dig. h. t.*). Viene fatta all'in-

(1) Opus novum facere videtur, qui ædificando aut detrahendo aliquid, pristinam faciem operis mutat. (fr. 1 §. 11 - 14 Dig. h. t.).)

traprenditore dell' opera, tanto se è proprietario del fondo, quanto se non lo è, od a chiunque rappresenti il proprietario dell' opera (*fr.* 5 §. 5 *e* 5 *fr.* 10, 11 *Dig. h. t.*). In conseguenza della *nunciatio*, la persona cui è trasmessa, è obbligata a sospendere il lavoro (*fr.* 1 *pr.* §. 7, *fr.* 8 §. 2 - 4 *Dig. h t.*), e se ciò nonostante lo seguitasse, il nunciante per mezzo dello interdetto *de opere novo demoliendo et restituendo,* otterrebbe la purgazione degli attentati, vale a dire la demolizione di tutto quanto venne fatto dopo il divieto, e la restituzione della cosa allo stato pristino (*fr.* 1 §. 7 *fr.* 20 *pr.* §. 1, 2 *fr.* 21 § 1 *Dig. h. t.*). Qualora la sospensione dell' opera già cominciata, recasse un pregiudizio gravissimo ed irreparabile al nunciato, egli avrebbe facoltà di continuarla o di terminarla, dando una cauzione, mediante satisdazione, *de eventualiter demoliendo aut restituendo* (*fr.* 5 § 17 *fr.* 8 §. 2, 4 *fr.* 20 *fr.* 21 *Dig. eod.*). Se nonostante questa cauzione, il nunciante turbasse il nunciato nella sua opera, quest' ultimo potrebbe fare cessare quelle turbative, con un interdetto proibitorio (*fr.* 20 §. 9 - 16 *Dig. eod.*). Questi effetti della *novi operis nunciatio* cessano:

a) per la costituzione della cauzione

b) per la morte del nunciante

c) per l' alienazione della cosa (*fr* 8 § 6 *Dig. h. t.*),

d) per l' autorizzazione accordata dal Giudice, o dal Nunciante di continuare i lavori, la quale dicesi *Remissio* (*fr.* 5 §. 19 *eod.*). (a).

Interdictum quod vi aut clam
Dig. Lib. XLIII, Tit. 24 quod vi aut clam.

§. 505. Quegli che con violenza (*vi*) o clandestinamente (*clam*), imprende o compie una mutazione sopra una cosa immobile, o sopra cose congiunte col suolo, mutazione pregiudicevole ad altri, durante un anno può essere obbligato, mediante l' interdetto *quod vi aut clam*, a rimettere a proprie spese le cose

(a) Su quest' argomento è da leggere il Regolamento di Procedura all' art. 525 e seguenti fino a 538 (*Parte II. Tit.* 2).

nello stato pristino, e ad indennizzare chi risentì il pregiudizio (*fr 1 §. 4, - 11 fr. 5 §. 7. 8, fr 4 fr. 5 pr §. 1 fr. 7, fr. 8 - 16 fr. 18 fr. 21 §. 3 Dig. h. t.*). Questo interdetto compete al proprietario del fondo che risente pregiudizio dai lavori, come pure a tutti coloro che hanno un *jus in re* sul medesimo (*fr. 11 §. 8, 12, 14, fr. 12 fr. 16 pr. §. 1 fr. 19 Dig. h. t.*) Può essere intentato contro l' autore dei lavori pregiudicevoli, come pure contro l' attuale possessore del fondo, comunque egli non sia l' autore dei medesimi, e quand' anche fossero stati fatti a sua insaputa (*fr. 5 §. 8, 14, fr. 6, fr. 15 §. 4, fr. 15 pr. § 1 - 5 - fr. 16 §, 2 Dig. eod.*). Se non che tale possessore, quando non è l' autore di quei lavori, sfugge a qualunque responsabilità, lasciando che l' attore riponga a proprie spese le cose nello stato pristino (*fr. 16 §. 2 Dig. h. t.*). Contro l' erede della persona che fece i lavori *vi aut clam*, non si può ottenere la condanna a prestare *l' id quod interest*, bensì la condanna a pagare quello di cui si locupletò pel fatto del suo autore (*fr. 15 §. 3 Dig. eod.*).

Actio aquæ pluviæ arcendæ.

Dig. Lib. XXXIX. Tit. 3 de Aqua

§. 506. Chiunque con un opera nuovamente eretta, altera il corso naturale dell' acqua piovana, in modo pericoloso o pregiudicevole ad un fondo, può venire costretto mediante l' *actio pluviæ arcendæ*, a restituire le cose nello stato pristino, ed a risarcire il danno cagionato dopo la contestazione della lite (*fr. 1, fr. 6 Dig. h. t.*). Quest' azione si esercita dalle persone, e contro le persone stesse, fra le quali è esercitato l' Interdetto *quod vi aut clam* (*fr. 6 §. 1, 4, fr. 3, §. 5 fr. 4 Dig. h. t.*). Può venire intentata eziandìo nel caso, che un fondo, od un operà già esistente sul medesimo, abbia per vetustà o per una altra causa fortuita, sofferto tali mutazioni da creare un pericolo o un danno al fondo vicino. In tal caso, il convenuto è obbligato soltanto a permettere, che l' attore a proprie spese riponga le cose nello stato pristino (*fr. 2 §. 5, 6 Dig. h. t.*). Il

quale obbligo è parimente il solo, che faccia carico al possessore del fondo su cui fu fatta l'opera, che deviò il corso naturale delle acque, quando egli non fu l'autore della opera medesima (*fr. 4* §. 2, 3, *fr.* 5, *fr. 6* §. 7, *fr. 11* §. *2 Dig. eod.*).

II.°

ACTIONES ADJECTITIÆ QUALITATIS.

§. 507. In alcuni casi, la Legge considera come se fosse stato eseguito da una data persona, un fatto o lecito od illecito eseguito da un altra, che è in certe relazioni giuridiche con quella prima: e quella prima ritiene come obbligata per cotal fatto. Noi andiamo a passare in rassegna questi casi.

a) Actio Exercitoria

Dig. Lib. XIV. Tit. 1 de Exercitoria actione - Cod. Lib. IV. Tit. 25 de Institoria et Exercitoria actione.

§. 508. L'armatore di una nave (*exercitor*), proprietario o no della medesima, che la fa navigare per trasportare mercanzìe, rimane obbligato dalle Convenzioni, che il capitano (*magister navis*) od i suoi sostituti, (i quali in ogni caso gli è lecito di nominarsi) concludono relativamente al commercio marittimo, che per conto di lui armatore fanno con quella nave, (*fr. 1* §. *1*, *5*, *7*, *12*, *15 Dig. h. t. - Istit.* §. *2 quod cum eo IV*, *7*), purchè non oltrepassino i limiti del Mandato ricevuto, (*lex præpositionis*), e quelli del bisogno (*fr. 1* §. 8, *9*, *10 eod.*) L'armatore viene astretto all'esecuzione di queste obbligazioni, mediante l'*actio exercitoria*, come se le avesse concluse personalmente da se. L'azione *exercitoria*, benchè fosse introdotta dal Pretore a favore dei terzi che contrattarono col capitano, ridondò a vantaggio ancora degli armatori. E di vero i capitani di nave erano d'ordinario persone poco solventi, e come tali non godevano di credito commerciale, attalchè si sarebbero trovati spesso nell'impossibilità di procurarsi i capitali necessarj per racconciare la nave, o per salvarla da qualche pericolo, se

non avessero avuto facoltà di spendere il credito dell' armatore. (*fr. 1 pr. Dig. h. t.*), se cioè i terzi nel prestare danaro al capitano, non avessero avuto la certezza di avere per obbligato l' armatore. I terzi, che contrattarono col capitano, ebbero dunque la scelta, o di agire contro il capitano (finchè rimane in ufficio) con l' azione del contratto, o contro l' armatore con l' azione *exercitoria* (*fr. 1 §. 17 Dig. h. t.*); all' armatore fu poi conceduto di intentare alla sua volta *l' actio exercitoria* contro i terzi, per costringerli all' esecuzione delle obbligazioni, che contrassero col capitano (*fr. 15 18 Dig. h. t.*). I più armatori di una stessa nave furono riconosciuti solidalmente responsabili (*fr. 1 §. 25 fr. 4 §. 1 Dig. h. t.*), ma i loro eredi furono ritenuti come obbligati, soltanto in proporzione delle loro quote di interesse nell' armamento della nave (*fr. 14 Dig. eod.*),

b) Actio Institoria

Dig. Lib. XIV. Tit. 3 de Institoria actione - Cod. Lib. IV. Tit. 25 de Institoria et Exercitoria actione.

§. 509. Una obbligazione simile a questa dell' armatore, incombe a chi ha preposto una persona alla direzione di una qualche sua industria, o di qualche suo traffico, come sarebbe alla direzione di una officina, o di una taberna. Il *Dominus tabernæ seu negotiationis* rimane obbligato per le convenzioni concluse dal suo preposto, *Institor*, coi terzi, quando queste sieno relative agli affari affidatigli, e non eccedano i limiti della *lex præpositionis* (*fr. 5 §. 1 Dig. h. t. - cost. 3 Cod. eod.*). Egli viene costretto all' esecuzione di tali obbligazioni, contratte dal suo Istitore, con l' *actio Institoria*, azione questa pure, che ripetè la sua origine dal Pretore (*Istit. §. 2 quod cum eo IV, 7 - fr. 3 fr. 5 pr. §. 1 - 7 Dig. h. t.*). Egli in seguito, ebbe facoltà di sperimentare quell' azione contro i terzi che si obbligarono verso il suo istitore, relativamente agli affari affidatigli (*fr. 1, 2, Dig. h. t.*). Gli stessi principj, che regolano *l' actio exercitoria*, regolano *l' institoria*; se nonchè all' *Institor*, a differenza dal *Magister Navis*, non lice eleggersi un sostituto, quando non gli sia stato espressamente permesso di farlo (*fr.*

5 §. 5 *Dig. h. t.)*; e l'*Institor*, più del *Magister Navis*, deve stare rigorosamente attaccato alla legge di preposizione (*fr. 5 §. 11 - 15 fr. 11 §. 5 - 8 Dig. eod. - cost. 1 Cod. eod.*).

§. 510. Tanto l'*actio exercitoria*, quanto l'*actio institoria*, in origine erano azioni che si esercitavano contro l' *Exercitor* ed il *Dominus negotiationis*, per le obbligazioni contratte dai servi, che essi avevano preposto al loro commercio marittimo o terrestre; ma in seguito il Pretore diede queste azioni, ancora quando la persona preposta a quel commercio, fosse stata un estraneo al preponente, od un servo altrui (*Istit. §. 2 quod cum eo IV, 7.*). E questa fu una deroga al principio, che non riconosceva obbligazioni contratte *per liberam aut extraneam personam* (*Vedi sopra §. 377 in f. pag. 170*).

c) Actio de Peculio - Actio tributoria - Actio de in rem verso.

§ 511. L'organismo singolarissimo della famiglia Romana, diede origine al alcune obbligazioni ed azioni, analoghe a quelle esaminate nei tre paragrafi antecedenti. Secondo le regole rigorose dell'antico Diritto Civile, le persone *alieni juris* acquistavano per coloro in potestà dei quali si trovavano; ma non potevano obbligarli (*Istit. §. 1 per quas pers. nob. acq. II, 9 - §. per quas pers. nob. obl. acq. III, 28 - fr. 39 Dig. de oblig. et act. XLIV, 7, - fr. 5 pr. Dig. quod cum eo XIV, 5 - (Vedi Vol. 1 Lib. 1 §. 132 pag. 275*). Il Pretore derogò a quella regola:

α) quando il paterfamilias avesse ordinato, o autorizzato espressamente od implicitamente il figlio di famiglia od il servo, a contrarre nna obbligazione.

β) quando il paterfamilias avesse risentito vantaggio dall' obbligazione contratta dal figlio o dal servo. L'equità esigeva, che il padre subisse tutte le conseguenze dell'atto comandato o permesso, e che sopportasse gli oneri correlativi ai vantaggi risentiti per le obbligazioni contratte dalle persone dipendenti da lui. Di quì ebbero origine le eccezioni seguenti, alla regola sopra enunciata :

α) 1.° Il paterfamilias, che aveva incaricato il figlio od il servo di contrattare, o che ratificava le Convenzioni da costoro

concluse, rimaneva obbligato per le medesime; ed i terzi che avevano contrattato col figlio o col servo, mediante l' actio *quod jussu*, potevano ottenerne l'esecuzione completa (*Istit*, §. 1 *quod cum eo IV, 7 - cost 4 cost. 7 § 1 cost. 8 cost. 13 Cod. quod cum eo IV, 26 - Dig. Tit. quod jussu XV, 4*).

2.° Il paterfamilias, che costituiva un Peculio al figlio od al servo, si faceva implicitamente responsabile dei Debiti, che costoro avessero contratto nell' amministrazione legittima del Peculio, attalché i terzi loro creditori avevano una azione, *l' actio de peculio*, contro il loro *paterfamilias*. Il *paterfamilias* convenuto con quest'azione, era obbligato a pagarli dentro la misura del valore del peculio, quale era nel momento della contestazione della lite (*Istit. 4, 5 quod cum eo IV, 7 - fr. 5 pr. fr 30. §. 6, 7, fr. 31 Dig. de peculio XV, 1 - fr. 1 §. 42 Dig. Depositi XVI, 3*). Per stabilire il valore del Peculio, faceva di mestieri depurarlo dai debiti, ed il paterfamilias aveva facoltà, sebbene costituisse una sola persona col figlio e col servo, di prelevare i suoi crediti che aveva contro il peculio (*Istit. §. 36 de act. IV, 6 §. 4 in f. quod cum eo IV, 7 - fr. 5 §. 4, fr. 9 §. 2 - 7, fr. 11 §. 7 Dig. de peculio XV, 1 - fr. 16 Dig. de in rem verso XV, 3 - cost. 12 Cod. quod cum eo IV, 26*). Ma se il *paterfamilias* aveva dato il permesso al figlio od al servo di stare al commercio, con le mercanzìe che erano nel peculio conceduto, o con una parte di quelle, i creditori del traffico del figlio o del servo, avevano diritto mediante *l'actio tributoria*, di agire contro il *paterfamilias* per ottenere la distribuzione delle merci peculiarie, ed il *paterfamilias* non aveva la facoltà in tal caso, di prelevare i suoi crediti; egli veniva a contributo, alla pari degli altri creditori (*Istit. §. quod cum eo IV, 7 - fr. 1 pr. fr. 5 §. 11 - 14, fr. 6, fr. 12 Dig. de tribut. act. XIV, 4*); da questo contributo, prese il nome l' azione in discorso.

β) Ogni qualvolta il *paterfamilias* aveva risentito vantaggio dalle convenzioni concluse dal figlio o dal servo, perchè queste erano ridondate a suo profitto (*in rem versum*), tal *paterfamilias* rimaneva obbligato fino a concorrenza del vantaggio risentito, e contro di lui poteva venire intentata l' *actio de*

in rem verso (*Istit.* §. 4 *quod cum eo IV*, 7 - *fr.* 3 §. 1 - 10 *fr.* 7, 8, 9, 10, 20, 21 *Dig. de in rem verso XV*, 5.). Affinchè quest'obbligazione sorgesse nel *paterfamilias*, era necessario, che il figlio od il servo nel contrattare, avessero avuto intenzione di obbligarlo (*fr.* 7 §. 4 *fr* 10 §. 5, 10 *Dig. eod.*); ma questa constatata, il *paterfamilias* rimaneva obbligato, eziandìo quando il vantaggio risentito da lui, fosse in seguito di tempo venuto a mancare (*fr.* 3 §. 7, 8, 10 *Dig. eod.*). Quantunque in origine, *l' actio de in rem verso* fosse accordata soltanto contro il padre di famiglia, poi fu ammessa per analogìa, ancora contro chiunque avesse risentito vantaggio (*in rem versio*) dalle convenzioni concluse da un suo amministratore o gestore di negozj, comunque persona libera ed estranea (*cost.* 7, §. 1 *Cod. quod cum eo IV*, 26 - *fr.* 49 *Dig. de cond. indeb. XII*, 6).

§. 512. Le Azioni *Institoria*, *Exercitoria*, *de Peculio*, *Tributoria*, *de in rem verso*, sono dagli Espositori del Diritto Romano appellate Azioni di *Adjettizia* qualità (*Actiones adjectitiæ qualitatis*), perchè mentre esse hanno una indole loro propria e speciale, presuppongono tuttavolta l'esistenza di un altra azione, resultante dalla Convenzione, che l' *Institor*, il *Magister Navis*, il Figlio, il Servo, il *Negotiorum Gestor* hanno contratto, alla quale azione si aggiungono come un attributo, come una qualità. Ed esemplificando: se il debito contratto dall' *Institor* proviene da vendita, il *Dominus Negotiationis* è convenuto con *l' actio venditi Institoria.* È facile intendere, che debbono occorrere casi, nei quali il creditore potrebbe sperimentare, più di una fra queste azioni. Verbigrazia chi ha l' actio *tributoria*, o l' actio *exercitoria*, potrebbe in qualche caso sperimentare l' actio *de in rem verso*, o *de peculio*. Stà al creditore allora a scegliere quella, fra queste azioni, che gli è più vantaggiosa, nelle circostanze speciali del fatto (*Istit.* §. 5 *quod cum eo IV*, 7 - *Gajo IV*, 74).

d) *Actiones Noxales*

Istit. Lib. IV, Tit. 8 de Noxalibus actionibus - Dig. Lib. IX, Tit. 4 de Noxalibus Actionibus - Cod. Lib. III. Tit. 41 de Noxalibus actionibus - Istit. Lib IV. Tit. 9 si quadrupes pauperiem fecisse dicatur - Dig. Lib. IX. Tit. 1 eodem.

§. 513. Nell' antico Diritto il *paterfamilias* era passibile delle azioni, che nascevano dalle obbligazioni conseguenza dei delitti del figlio o del servo; ma poteva sottrarvisi, abbandonandoli in risarcimento alla persona lesa, lo che dicevasi *noxæ dedere* o *dare* (Vedi Vol. I. Lib. 1 §. 90 pag. 230 e §, 130 pag. 271). (a) In seguito, la *noxæ deditio* pel figlio fu proibita, e rimase soltanto pel servo (*Istit.* §. 7 *h. t. - fr.* 33, 34, 35 *Dig. eod.*). L' offeso potè allora agire direttamente contro il figlio, che aveva arrecato il nocumento, e se ne otteneva la condanna, poteva costringere il padre a pagare o risarcire il danno col peculio del figlio, mediante *l' actio judicati de peculio* (*Istit.* §. 7 *h. t. - fr.* 3 §. 2 *Dig. de peculio XV*, 1 - *fr.* 57 *Dig. de Judiciis V*, 1), azione per altro limitata alle forze del peculio. I Delitti del servo danno sempre luogo, anche in Gius Nuovo a delle azioni *Noxales*. Queste azioni dette *Noxales*, non sono azioni speciali, sono le azioni che nascono dal Delitto commesso dal servo; sono per esempio, l'azione del furto se il servo rubò, dell' ingiuria se il servo arrecò contumelia, e così va discorrendo; ma sono appellate *Noxales*, perchè il proprietario del servo, convenuto con quelle, è nell' alternativa, contenuta nella condanna, o di pagare la pena, o di abbandonare il servo all' attore: *noxæ dedere* (*Gajo IV, 75 - Istit.* §. 2 *h. t. IV, 8 - fr.* 7 §. 1 *Dig. de damno infecto XXXIX*, 2 - *fr.* 6 § 1 *Dig. de re judic. XLII*, 1 - *fr.* 61 §. 5 *Dig. de furtis XLVII*, 2). Le azioni *noxales* sono in *rem scriptæ*, vale a dire possono venire dirette contro chiunque ha in sua potestà il

(a) *Noxa* dicevasi il corpo che aveva arrecato il nocumento, *noxia* il delitto (*Istit.* §. 1 *h. t. fr.* 1 §. 1 *Dig· si quadr. paup. IX*, 1 - *fr.* 238 § 3 *Dig. de verb. signif. L*, 16).

colpevole nel momento in cui sono esercitate, onde il principio *noxa seguitur caput* (*Gajo IV, 17 - Istit.* §. 5 *h. t. - fr.* 2 §. 1 *fr.* 3, *fr.* 4 *etc. Dig. eod.*). Tali azioni si estinguono con la morte del servo (*fr.* 2 §. 2 *Dig. ex noxali causa II, 9).* Se il Servo *dato noxalmente*, trovava mezzo di procurarsi del danaro e di indennizzare la persona, cui era stato abbandonato, veniva dal Pretore manomesso (*Istit.* §. 3 *h. t.*). Qualora il servo, autore di un Delitto, fosse stato manomesso prima che venissero sperimentate le azioni *noxales*, che ne derivavano, poteva essere chiamato in giudizio, non già *noxalmente*, bensì direttamente *ex delicto* (*fr.* 2 *Dig. de condict. furt. XIII,* 1). Viceversa, se un uomo libero commetteva un delitto, e prima di essere perseguitato pel medesimo diveniva servo, non lui direttamente con *l' actio ex delicto*, ma il suo padrone con le azioni *noxales*, doveva essere convenuto (*Istit.* §. 5 *h. t - Gajo IV,* 77 *- fr.* 7 §. 1 *Dig. de cap. min. IV,* 5).

§. 514. Le azioni *noxales*, applicavansi ancora al danno cagionato dagli animali, danno che si diceva *pauperies* (*Istit. Lib. IV, Tit.* 9 *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur - Dig. Lib. IX Tit.* 1 *eod. - Paolo I,* 5). Tre erano le azioni *noxales*, per ottenere il risarcimento del dannno cagionato da un animale; 1.° *l' azione de pauperie* 2.° *de pastu pecorum* 3.° l'azione *ædilitia*.

1.°) *Azione de pauperie.* Quest' azione veniva sperimentata contro il proprietario attuale di un animale domestico, che avesse cagionato un danno, ma con un fatto *contrario alla sua indole* di animale mansueto, p e. se un cavallo avesse dato un calcio (*Istit. pr. h. t. - fr.* 1 §. 4 *Dig. eod.*). L' azione in discorso che derivava dalla legge Decemvirale, seguitava l' animale in mano di chiunque passasse; si estingueva con la morte dell' animale, se non era stata intentata prima di quella morte. Il Proprietario aveva l' azione, o di risarcire il danno cagionato dall' animale, o di abbandonarlo *noxalmente* al danneggiato; di qui il carattere *noxale* dell' azione *de pauperie* (*Istit. pr. h. t. fr.* 1 *pr. fr.* 3 *Dig. eod.*). Qualora il danno arrecato dall' animale, fosse avvenuto perchè desso era stato eccitato dall' offeso, verbigrazia a cozzare od a scalciare, l' offeso non aveva azione

alcuna; e qualora l' eccitamento all' animale fosse derivato da persona diversa dall'offeso, qnesto poteva agire contro l'eccitatore di termini della legge Aquilia (*fr. 1 §. Dig. h. t.*).

2.°) Azione *de pastu pecorum*. Con questa azione si otteneva il risarcimento del danno, che il bestiame avesse potuto arrecare, ma operando a seconda della sua natura. A mo' di esempio: si otteneva il risarcimento del danno, che avesse prodotto introducendosi a pascolare nelle altrui terre; questa azione era *noxalis* come la precedente (*Paolo I, 15, 1 - fr. 14 §. ult. Dig. de præscript. verbis XIX, 5*). Quando il proprietario avesse condotto il bestiame a cagionare quel danno, era passibile delle pene comminate dalla legge Aquilia (*cost. ult. Cod. de lege Aquilia III, 35*).

3o.) Azione *ædilitia*. L' Editto degli Edili vietava di tenere sulla via pubblica o sciolto, o con catena così lunga che lasciasse libertà di nuocere, un cane mordace, un cignale, un orso, ed in genere qualunque animale pericoloso. Ove in seguito della contravvenzione a questa regola di prudenza, un uomo libero fosse stato ucciso, il proprietario dell' animale che aveva cagionato quella uccisione, era obbligato mediante una azione, detta *ædilitia, perchè fondata sull' Editto*, a pagare 200 aurei; ed ove un uomo libero fosse stato soltanto ferito, il giudice tassava arbitrariamente una pena a carico del proprietario; per qualunque altro danno cagionato da quell' animale, il proprietario era condannato nel duplo (*Istit. §. 1 h. t. - Paolo I, 15, 2 - fr. 40 e 42 Dig. de ædil. æd. XXI, 1.*). (a).

(III.)

§. 515 La Legge attribuisce forza obbligatoria all' equità, nei casi seguenti:

a) Chiunque ha ricevuto una cosa da altri, senza diritto di averla, o di ritenerla, è obbligato a renderla: è mediante la

(a) Il nostro Regolamento di Procedura, al Titolo III. della Parte 2., contiene molte disposizioni sui Giudizj di *danno dato*, ossia di danno cagionato dagli animali, nei quali giudizj, si ottiene civilmente l' emenda del danno sia questo prodotto per dolo, o per colpa del proprietario (Vedi art. 539. fino a 560). Il Regolamento di Polizia punisce l' omissione delle debite precauzioni per riguardo alle bestie (art. 107 - 115.).

condictio sine causa, che viene costretto ad eseguire siffatta restituzione, quando manchi un' azione speciale, che possa far conseguire lo stesso resultato (*Dig. Lib. XII, Tit. 7 de condictione sine causa - Cod. Lib. IV, Tit.* 9 *de condictione ex lege et sine causa*). Per la *condictio sine causa* si ottiene la restituzione della cosa coi suoi frutti, o interessi, e con le sue accessioni (*fr.* 52 *Dig h. t.*). La *Condictio indebiti*, lo vedemmo, viene intentata in un caso speciale nel quale trovi applicazione il principio generale di equità, che anima la *condictio sine causa* ; è probabile, che la *condictio sine causa*, fosse introdotta generalizzando la *condictio indebiti*.

b) Chiunque ha ricevuto una cosa da un altro, per dare in contraccambio o una altra cosa , o per fare una prestazione equivalente, quando non dia o non faccia il promesso, è obbligato a restituire ciò che ebbe. La *condictio causa data causa non secuta*, detta ancora *condictio ob causa datorum*, è l' azione con la quale si ottiene l' adempimento di siffatta obbligazione (*Dig. Lib. XII, Tit,* 4 *de condictione causa data causa non secuta - Cod. Lib. IV, Tit. 6 de condictione ab causa datorum*). Facilmente si riconosce quanto fosse necessaria l' introduzione di questa azione, per ripetere la cosa data, ove si consideri , che la proprietà della medesima passa nell' accipiente per l' esistenza nel trasferente dell' intenzione di trasferirne la proprietà, e nell' accipiente dell' intenzione di acquistarla (Vedi Vol. I. Lib 2 §. 111. pag. 539, 538). Affinchè possa sperimentarsi la *condictio* in esame, è necessario che la cagione per cui la cosa venne conseguata , fosse lecita; (*fr.* 1 *Dig. h. t.*) ma non importa che quella cagione , fosse espressa ; basta che si possa provare che esisteva , perocchè quello che fu dato senza lo scopo di ricevere un contraccambio, si considera come donato, e non può essere ripetuto (*fr.* 3 §. *8 Dig. h. t. cost.* 7 *Cod. eod.*). Molti sono i casi, nei quali può essere necessario di intentare la *condictio causa data causa non secuta* ; nel trattare dei Contratti Reali Innominati già vedemmo una importante applicazione della medesima (Vedi sopra §. 308. pag. 95, e 96.), e altre applicazioni occorrono in materia di donazioni *modali*, di legati e di fidecommessi *modali*, in cui il ***Mo-***

dus non sia stato adempiuto dall'accipiente, obbligato giuridicamente a adempirlo. Mediante la *condictio* in discorso, si ottiene eziandìo da un Mandatario, o da un *Negotiorum Gestor*, la restituzione di ciò che gli fu dato, ove il Mandante o il *Dominus rei gestæ* non ratificassero la loro gestione. Vale ugualmente a ripetere quello che fu dato, onde ottenere una liberazione, qualora questa non siasi conseguita, e quello che fu dato per transazione, quando l' altra parte non la rispetta. Finalmente, la *condictio causa data causa non secuta*, può essere intentata ancora, se non si verificò l' evento, in considerazione del quale, una cosa era stata respettivamente data e ricevuta; a mo' di esempio, con la medesima si può ripetere la Dote data in contemplazione di un Matrimonio, che non fu concluso, o il legato pagato in ordine ad un testamento dichiarato nullo.

c) Chiunque ha ricevuto una cosa, per un fine o motivo turpe pel ricevente (*turpiter acceptum*), è obbligato a restituirla (*cost. 4 Cod. h. t.- fr. 1, 2 fr. 4 §. 2 Dig. eod.*). A questo effetto, viene intentata contro di lui la *condictio ob injustam seu turpem causam* (*Dig. Lib. XII. Tit. 5 de condictione ob turpem vel injustam causam - Cod. Lib. IV. Tit. 7 de condictione ob turpem causam*). Ma se la vergogna e la turpitudine, stanno in chi diede la cosa (*turpiter datum*), a costui non lice ripetere ciò che diede (*fr. 4 §. 3 eod.*): come non ha la facoltà di ripeterla, se la turpitudine è tanto in lui, quanto in chi la ricevè (*fr. 2 §. 2. fr. 3, 4, 8 Dig. h. t. - fr. 128 pr. Dig. de reg. juris L, 17*).

d) Nel Diritto Marittimo dell' isola di Rodi, fu consacrato il principio di equità naturale, che il danno resultante dal getto di tutte o di parte delle merci, che si trasportano su di una nave, getto operato onde salvare la nave o le altre merci non gettate, che sono sulla nave stessa, venga repartito fra i proprietarj della nave, delle merci gettate, e le persone a vantaggio delle quali il getto fu operato (*Dig. Lib. XIV, Tit. 2 ad legem Rhodiam de jactu*). La legislazione Romana adottò lo stesso principio (*fr. 2 §. 1 Dig. h. t. XIV, 2*), anzi lo estese al caso in cui per salvare la nave dai pirati, fosse stato necessario venire a patti coi medesimi e cedere loro tutto o parte del carico (*fr.*

2 §. 3 *Dig. fr. 4 pr. h. t.*), ed al caso in cui per salvare la nave ed il carico, fosse stato necessario tagliare gli alberi, o abbandonare le ancore della medesima (*fr. 3, fr.* 5 §. 1 *fr. 6 Dig. h. t.*). Ma affinchè quel principio trovasse applicazione, addimandavasi:

1.) che ricorresse la necessità del getto, per salvare la nave o il rimanente del carico, da un pericolo derivante da forza maggiore (*fr. 2 §. 2 Dig. h t. - fr. 14 Dig. de præscr. verb. XIX, 5*),

2.) che le cose gettate, fossero deteriorate, o perdute affatto, pel getto (*fr. 2 §. 7, 8 fr. 4 §. 2. Dig. h. t.*).

3.) che il getto, fosse eseguito con l'intendimento di salvare la nave, o la rimanente parte del carico (*fr. 2. § 1 Dig. h. t.*).

4) che pel getto, la nave o la rimanente parte del carico fossero salvate (*fr. 4, e 5 Dig. h. t.*). Se nonostante il getto la nave o il rimanente delle merci perirono, i proprietarj delle merci gettate non hanno nessun diritto da sperimentare; ma se invece furono salvate pel getto, nel momento in cui questo avvenne, comunque poi sieno perite per altra burrasca avuta a soffrire prima di arrivare al loro destino, i proprietarj delle merci gettate, hanno diritto che la perdita delle medesime sia risentita eziandìo dai proprietarj delle merci, che potessero essere recuperate dal mare (*fr. 4 §. 1 Dig. h. t.*). Ad operare la repartizione del danno, conseguenza del getto, fra i proprietarj delle merci gettate, ed i proprietarj delle merci e della nave salvate grazie al getto, fa di mestieri sommare insieme il valore della nave, e delle merci così salvate, come gettate. Il proprietario della nave viene a contributo pel valore della medesima, i proprietarj delle merci salvate pel loro valore nel luogo delle scarico, i proprietarj delle merci gettate, pel prezzo al quale le comprarono; ma le vettovaglie non vengono in contributo (*fr. 2 §. 2, fr. 4 §. 2 Dig. h. t.*). Dalla legge Rodia non essendo stata introdotta nessuna azione particolare, i proprietarj delle merci gettate dovevano sperimentare contro il ***magister navis***, o *l' exercitor, l' actio conducti*; questi aveva rivalsa contro coloro le cui merci erano state salvate, con *l' actio*

locati (*fr. 2 pr. Dig. h. t. - fr. 1 §. 1 fr. 14 pr. Dig. de præscr. verb. XIX*, 5). (a)

e) Il possessore di una cosa *mobile*, o di un pubblico o privato istrumento, che altri abbia interesse, e necessità di esaminare, per convincersi se quella è la cosa che egli vuole rivendicare, se quello istrumento fa fede dei diritti che egli pretende di avere, tal possessore diciamo, è obbligato ad esibire quella cosa o quell' istrumento, mediante l'*actio ad exhibendum* - *Dig Lib X. Tit. 4 ad exhibendum Cod. Lib. III, Tit 42 eodem*). Non si ha facoltà di intentare *l' actio ad exhibendum*, se non si dimostra:

1.° L' interesse ad ottenere l' esibizione.

2.° L'esistenza della cosa, o dell' istrumento, presso il reo convenuto.

3.° La mancanza di altro mezzo, diverso dall' esibizione, per giungere a conoscere il vero (*fr. 3 §. 9, 13, fr. 5 §. 6 fr. 13, fr. 19 Dig. h. t.*). Quest' azione si intenta, non solo contro qualunque detentore della cosa, che si vuole venga esibita (*fr. 3 § 15, fr. 4; fr.* 6 *Dig h. t.*); ma eziandìo contro chi si è posto dolosamente nell' impossibilità di esibire, *qui dolo fecit quominus possideret* (*fr. 9 pr. §. 1 - 4 fr. 12 §.* 3 *fr. 14 Dig h. t.*). Il Giudice commina una pena pecuniaria al reo convenuto, ove egli non esibisca (*Istit. §. 31 de act. IV, 6 - § 3 de off. jud. IV, 17*). La esibizione per altro, si fa a spese dell' attore (*Istit. §.* 3 *de off. jud. IV, 17 - fr. 9 §. 5 fr. 11 §. 1 Dig. h. t.*). Il reo convenuto che si ricusa di esibire, o che si è posto per dolo o per colpa nell' impossibilità di eseguire l' esibizione, viene condannato a prestare all' attore l'*id quod interest* (*fr. 3 §.* 2 *fr.* 5 *§. 2 fr. 7. 8, 9, 10, 11, 12, e 13 Dig. h. t.*), il quale *quid interest*, in caso di dolo del reo convenuto, viene stabilito dal Giudice, mediante il giuramento deferito all' attore (*fr. 3 §. 2 Dig. eod.*). *L' actio ad exhibendum*, benchè introdotta per abilitare chi vuole rivendicare una cosa, a constatare se veramente è quella sua (*fr. 3 §. 7 Dig. h. t.*), fu poi estesa ad altri usi. Così fu data quest' azione:

(a) Regole analoghe a quelle giù esposte, occorrono nel vigente Codice di Commercio al Titolo XII. (*Del Getto e del Contributo*) del Libro IV, art. 410. - 430.

1.° per ottenere la separazione, di una cosa dell' attore, congiunta con altra del reo convenuto in modo da formarne una sola; in tal caso non sarebbe possibile all'attore di rivendicare la cosa sua, perchè non ha una esistenza separata e distinta; onde il bisogno di ottenerne preventivamente la separazione, e questa separazione appunto si consegue mediante *l'actio ad exhibendum* (*fr.* 6 *Dig. h. t. Vedi Vol. I. Lib. II.* §. 157 *pag.* 565).

2.° per ottenere, che sieno esibite le due cose legate alternativamente a scelta del legatario; mercè la quale esibizione, il legatario può scegliere con cognizione di causa (*fr.* 3 §. 6 *fr.* 12 §. 2 *Dig. h. t.* - *fr.* 8 §. 3 *Dig. de opt. vel elect leg.* XXXIII, 5).

3.° per ottenere che sia esibita una cosa caduta *accidentalmente* (*fr.* 5 §, 4. 5. *Dig. eodem*), o in *qualunque non legittimo modo*, in potere altrui (*fr.* 7 §. 1 *Dig. de condict. furt.* XIII, 1 - *fr.* 1 §. 6 *Dig. de vi et vi armata* XLIII, 16 - *cost.* 9 *Cod. h. t.* III, 42); ed in altri casi ancora (*fr.* 3 §. 3 - 12, *fr.* 12 §. 2 *Dig. h. t.*). L'*actio ad exhibendum* è di sua natura un azione *preparatoria* all' esercizio di un qualche diritto; ma talvolta, essa ha per effetto di farci conseguire il resultato stesso, che dall' esercizio di quel Diritto noi speravamo conseguire; ed allora rende inutile cotale esercizio. Esempigrazia, suppongasi, che l' *actio ad exhibendum* fosse intesa ad ottenere la separazione di una cosa nostra da quella del reo convenuto, preparatoria a rivendicare poi quella prima: e che per colpa o per dolo del reo convenuto, la cosa nostra fosse perita; allora *l' actio ad exhibendum* facendoci ottenere *l' id quod interest*, che la *rei vindicatio* avrebbe potuto procurarci in seguito, l' esperimento di quest' ultima è reso inutile (*fr.* 5 §. 2 *fr.* 9 §. 1 *Dig. h t.*).

f) Altrove abbiamo trattato della obbligazione, che incombe al proprietario di un edifizio rovinoso, di garantire mediante la *cautio damni infecti*, il proprietario limitrofo dal danno, che per quella rovina potrebbe risentire (*Vedi sopra* §. 319 *n.°* 1. *pag.* 108, *e Vol. I. Lib. II.* §. 74 *lett.* (*b*) *n.* 7 *pag.* 492); attalchè non staremo a ripetere quì le nostre parole.

PARTE IV.

Modi di garantire l' esecuzione delle Obbligazioni.

§. 516. Le garanzie, che possono assicurare il Creditore dell' esecuzione dell' obbligazione contratta verso di lui dal Debitore, possono essere: (1°) *Reali*, o (2°) *Personali*. *Reali* come il Pegno e l' Ipoteca, *Personali* come la

Intercessione

L' Intercessione è una *Convenzione per la quale*, *taluno trattando col creditore di un altro, o con chi deve, o doveva divenirlo, volontariamente assume a proprio carico il debito presente o futuro di quello, e si obbliga a pagare per costui.* Quattro condizioni si addimandano alla esistenza dell' Intercessione:

(1°) Che sia *spontanea*, vale a dire fatta senza esservi obbligati (*fr. 55 Dig. ad S. C. Vellej. XVI, 1*).

(2°) Che abbia per effetto di imporre una obbligazione; l' intercedente deve cioè farsi *debitore*, non già *pagare* per un altro (*fr. 4 §. 1 fr. 5, fr. 8 §. 2 Dig. ad S. C. Vellej. XVI, 1 - cost. 4 Cod. eod. IV, 29*).

(3°) che sia relativa ad un debito altrui, non proprio; ossia l' intercedente deve sottoporsi ad una obbligazione, che faceva carico o farà carico ad altri, non a se (*fr. 5, fr. 15 fr. 19 §. 2. 5, Dig. ad S. C. Vell. XVI, 1.*).

(4°) che sia conclusa col Creditore non col Debitore, in altri termini l' Intercedente si deve obbligare verso il Creditore presente o futuro della persona per la quale intercede, e non deve già obbligarsi verso il Debitore a pagare il suo debito presente o futuro (*fr. 32 pr. fr. 13 fr. 19 §. 3 Dig. ad S. C. Vell. XVI, 1.*).

§. 517. Considerando l' Intercessione negli effetti che produce, di fronte alla persona per la quale è prestata, vuole essere distinta: in *Privativa e Cumulativa*.

a) È *Privativa*, quando ha per effetto di liberare la persona per la quale interveniamo, e dicesi allora *Espromissione.* È *Privativa*, eziandìo nel caso in cui ha per iscopo di impedire che altri si obblighi; quando cioè taluno assume l' obbligazione che altri dovrebbe assumere, dispensandolo dal divenire debitore. Tale intercessione riceve allora il nome speciale di *Intervenzione.* L' Intercessione Privativa, che ha nome di *Espromissione*, presuppone sempre l' estinzione dell' Obbligazione della persona per la quale intercediamo, e perciò ne tratteremo quando diremo dei modi coi quali si estinguono le Obbligazioni. L' Intercessione Privativa che ha nome di *Intervenzione*, non ha nulla di notevole, talchè ci passeremo dal trattarne.

b) Cumulativa dicesi l' Intercessione, quando l' obbligazione che assumiamo si aggiunge all' obbligazione di un altro, accede a quella, esistendo ambedue insieme. Tale Intercessione Cumulativa occorre in due guise:

1.° Possiamo accedere all' obbligazione altrui in guisa, che il creditore abbia in noi e nel primitivo suo Debitore, due Debitori ugualmente principali, insomma due *correi debendi;* ed allora sono applicabili la regole della *Correità*, e

2.° Possiamo accedere all' obbligazione altrui in guisa, che noi intercedenti siamo debitori accessorj (*in subsidium*) di colui, che già per lo innanzi era debitore. È di questa ultima maniera di Intercessione Cumulativa, che ci proponiamo ora di occuparci. A Roma si contraeva mediante: A) La Fidejussione B) Il Costituto di un Debito altrui C) Il Mandato Qualificato

A) *Fidejussione* (*Fidejussio*)

Istit. Lib. III, Tit. 20 de Fidejussoribus - Dig. Lib. XLVI, Tit. 1 de Fidejussoribus - Cod. Lib. VIII, Tit. 41 de Fidejussoribus.

§. 518. La forma più comune della Intercessione cumulativa sussidiaria, era ai tempi Giustinianei la *Stipulatio*, la quale in questa sua applicazione speciale chiamavasi *Fidejussio.* La Fidejussione può essere definita: *la Promessa, fatta per mezzo*

della Stipulazione, *di pagare il debito di un altro*, *nel caso in cui questi non potesse satisfare il creditore, nell' epoca stabilita.* Nei primi tempi di Roma, il cittadino il quale voleva che un altro si obbligasse *in subsidium* a pagare il Debito di un terzo, adoperava nello stipulare, le formule dalla *Sponsio;* vale a dire il Creditore, che aveva già ottenuto dal suo principale Debitore la risposta *Spondeo*, alla sua interrogazione *Dari Spondes?*, interrogava la persona che desiderava si facesse intercedente, domandandogli *Idem Spondes?*; e se questi voleva obbligarsi, doveva rispondere *Spondeo* (*Gajo III*, 116). Tal formula della *Sponsio*, era propria dei soli cittadini Romani, non poteva essere proferita che in Latino, ed aveva per oggetto soltanto un *dare.* In seguito il Pretore Peregrino introdusse pei Peregrini una altra formula, la formula *Fidepromittis? Fidepromitto*, la quale poteva essere pronunziata in qualunque lingua. Chi voleva intercedere, alla domanda *idem fidepromittis?*, doveva rispondere *idem fidepromitto.* Eziandìo questa formula aveva per objetto soltanto un *dare*, e non poteva essere aggiunta se non se ad una obbligazione contratta verbalmente. Non sappiamo bene in che, prescindendo dalla diversità della formula e dalla qualità delle persone che la proferivano, la *Sponsio* e la *Fidepromissio* differissero fra loro, e Gajo stesso (*Com. III*, 118.) si limita a dire, che la condizione giuridica dello *Sponsor* era simile a quella del *Fidepromissor*; e simili erano davvero queste condizioni, perocchè quelle due istituzioni producessero effetti analoghi; infatti tanto la *Sponsio* quanto la *Fidepromissio*, non potevano essere aggiunte se non che ad una obbligazione *verbis contracta*, e che avesse per objetto un *dare*; come lo *Sponsor* così il *Fidepromissor* non aveva facoltà di obbligarsi a più del promittente principale, mentre obbligarsi a meno potevano; l' obbligazione dell' uno e dell' altro, era *personale*, non passava dunque agli eredi; ambedue erano passibili direttamente dell' *actio ex stipulatu* (*Gajo III*, 118) 120, e se pagavano pel debitore principale, avevano diritto di farsi rimborsare, mediante *l' actio mandati contraria* (*Gaje III*, 127). Esistendo insieme più *Sponsores* o *Fidepromissores* per lo stesso debito, ognuno di essi poteva nei primi tempi, essere obbligato a pa-

garlo per intiero; ma questa regola fu modificata da diverse disposizioni legislative. Le *lex Apuleja* (dell'anno 652 di Roma), stabilì una specie di Società fra i *più Sponsores*, o fra i più *Fidepromissores*, di modo che se l'uno aveva pagato più della sua quota parte, era autorizzato a ripetere quest' eccedente dagli altri (*Gajo III, 122,*). Un altra legge, il cui nome è illeggibile nel manoscritto di Gajo, (che alcuni credono fosse la stessa *lex Apuleja*, e che il Puchta pensa fosse la *lex Crepereja*, quella stessa della quale occorre fatta menzione nelle *Sponsiones* della Procedura), esigeva che il creditore il quale accettava degli *Sponsores* o dei *Fidepromissores*, dichiarasse pubblicamente e prima di accettarli, per *quale oggetto* li riceveva, e *quanti* ne avrebbe ricevuti. In mancanza di queste dichiarazioni, gli *Sponsores* ed i *Fidepromissores* potevano dentro 30 giorni intentare un azione pregiudiciale, per far constatare che la dichiarazione voluta dalla legge non era stata emessa, e per farsi conseguentemente dichiarare liberati dall' obbligazione contratta (*Gajo III, 123*). La *lex Furia*, che si pretende da taluni avesse l' adjettivo *de Sponsu*, e che fu posteriore alla *lex Apuleja*, (sebbene non sappiasi di quanto), limitò le obbligazioni degli *Sponsores* e dei *Fidepromissores* a due anni, e ordinò che ciascheduno dei più *Sponsores* o *Fidepromissores* non fosse impetito se non che *pro rata*, cioè per una parte proporzionale al loro numero (*Gajo III, 121*). Tal *lex Furia* era applicabile in origine soltanto all' Italia, ma in seguito gli *Sponsores* e *Fidepromissores* delle Provincie, furono ammessi ad invocare il Rescritto dell' Imperatore Adriano, *Epistola Divi Adriani*, il quale permetteva ad ogni Fidejussore escusso dal Creditore, di ottenere che fosse divisa l'azione fra tutti i Confidejussori solventi (*Gajo III, 121, 122 - Istit. §. 4 de Fidejus. III, 20*). La *lex Publicia*, dell' anno 669 di Roma, accordò allo *Sponsor* che aveva pagato, e che dentro *sei mesi* non era stato rimborsato, una azione in *duplum* contro il debitore principale, chiamata *actio depensi* (*Paolo I, 19, 1*). Quest' azione era speciale alla *Sponsio*, e non si applicava alla *Fidepromissio*; portava l' applicazione di una pena al Debitore, che rifiutavasi di indennizzare lo *Sponsor*; e non era incompatibile con *l' actio*

mandati contraria, che spettava ad ogni obbligato *in subsidium* contro il debitore principale (*Gajo III*, 127, *IV*, 22). Finalmente una *lex Cornelia* proibì, sotto pena di nullità, che la *stessa persona* si obbligasse per lo *stesso debitore*, verso il *medesimo creditore*, nell' *anno medesimo*, per *più di 20,000 sesterzj* (*Gajo III*, 124, 125). Tali sono le notizie Istoriche somministrateci da Gajo intorno alla *Sponsio* ed alla *Fidepromissio*, istituzioni che durarono fino alla fine del terzo periodo Ma a lato alle medesime, l'uso aveva introdotto sul finire della Repubblica, altra forma verbale per accedere alle obbligazioni altrui, la quale si svolse sotto il titolo di *Fidejussio*, avendo come formula le parole *Idem Fidejubes? Fidejubeo.* La *Fidejussio* aveva il vantaggio di essere accessibile a tutti, Cittadini e Peregrini; era applicabile non solamente alle obbligazioni Verbali, ma ben anco alle Reali, Litterali, e Consensuali, e perfino alle obbligazioni Naturali purchè non riprovate dal Giure; poteva avere per objetto oltre il *dare*, eziandio il *facere* ed il *præstare*; e dava vita ad una obbligazione, che passava negli Eredi sì del promittente che dello stipulante. I *Fidejussores* non erano, come gli *Sponsores* ed i *Fidepromissores*, liberati dopo due anni, perocchè ad essi la *lex Furia* non si estendesse: erano per l'opposito obbligati sempre; ma per altra parte anche i *Fidejussores* non potevano obbligarsi *a più* del debitore principale, mentre *a meno* potevano obbligarsi; e se uno di essi avesse pagato pel debitore principale, aveva contro gli altri l'*actio mandati contraria* per recuperare quanto aveva sborsato. Questi vantaggi della *Fidejussio* sulla *Sponsio* e sulla *Fidepromissio*, furono causa che quelle due più antiche forme andassero a poco a poco in disuso, e fossero poi assolutamente surrogate della *Fidejussio*, la quale nel Diritto Giustinianeo sussiste come unica forma di Intercessione Cumulativa.

§. 519. La Fidejussione presuppone l'esistenza di una Obbligazione principale cui accede, e quell'Obbligazione può essere tanto civile quanto naturale, purchè non sia una obbligazione riprovata (*Istit.* §. 1 *h. t.* - *fr.* 16 §. 3, 4, *Dig. eod.*); può essere come una obbligazione presente, così una obbligazione futura (*fr.* 6 §. 2 *Dig. eod.*), bene inteso che per ri-

guardo al Debito futuro, il Fidejussore del medesimo non rimane obbligato che dal momento in cui ha avuto vita; il Fidejussore, contraendo una obbligazione accessoria, deve obbligarsi alla prestazione che fa carico al Debitore principale, *non ad altra* (*fr.* 8 §. 8, *fr.* *42 Dig. h. t.*), può obbligarsi *a meno*, ma non *a più* del debitore principale: *nec plus in accessione esse potest*, *quam in principali re*, attalchè non può obbligarsi a pagare puramente e semplicemente, quello che il debitore principale deve sotto condizione o in modo alternativo; nè a pagare in luogo più incomodo, o dentro termine più breve (*Gajo III*, *126* - *Istit.* §. 5 *h. t.* - *fr.* *8* §. 7, *8*, *fr.* *16* §. *1. 2*, *fr.* *34*, *fr.* *38*, *Dig. eod.*). Ciò nonpertanto, lice al Fidejussore obbligarsi *più efficacemente* del Debitore principale; Laonde, può aggiungere alla sua promessa la costituzione di una ipoteca, ed il fidejussore di una obbligazione naturale, si obbliga civilmente, mentre il debitore principale è obbligato solo naturalmente. L' obbligazione del Fidejussore, a più del debitore principale, è radicalmente nulla, e non riducibile dentro i limiti del debito principale (*fr.* *8* §. 7 *fr* *34 Dig. h. t.*).

§. 520. La Fidejussione si conclude mercè il concorso dei consensi del Creditore e del Fidejussore, ma non si richiede il consenso del Debitore principale.

§. 521 Abbiamo detto che la Fidejussione si poneva in essere mediante la *Stipulatio*: se non che quando invalse l' uso di prestare piena fede agli *istrumenti*, che si redigevano dalle parti, qual prova delle loro stipulazioni (Vedi sopra §. 317. pag. 106), si cominciò a fare le Fidejussioni per iscritto; già da Ulpiano si riteneva che: si quis scripserit, se fidejussisse, videri omnia solemniter acta (*fr.* 30 *Dig. de verb. oblig. XLV*, 1), allorchè Giustiniano stabilì che le Fidejussioni semplicemente verbali, se non erano fatte *cum attestatione*, cioè innanzi al Magistrato od a testimonj, valessero soltanto per due mesi: e quelle scritte, per tutto il tempo fissato dalle parti (*cost.* *27 Cod. h. t*).

§. 522. La Fidejussione ha per effetto di far nascere relazioni giuridiche:

a) fra Creditore e Fidejussore,

b) fra Fidejussore e Debitore Principale.

a) Fra Creditore e Fidejussore.

§. 523. Gli effetti della Fidejussione sono i seguenti:

a) il Creditore acquista il Diritto di farsi pagare dal Fidejussore, o Mallevadore, che dire si voglia, quando il Debitore principale sia insolvente (*Istit.* § 2 *h t. fr.* 4 §. 1 *Dig eod.*). Il Fidejussore, che si è obbligato puramente, è obbligato a pagare oltre il debito principale, tutti i suoi accessorj, cioè le usure convenzionali o legali, la penale, e le spese processali (*fr.* 52 *pr. Dig. de adm. et peric. tut. XXVI,* 7 - *fr.* 56 §. 2 *in f. fr.* 58 *Dig. h. t.* - *fr.* 24 §. 4 *Dig. de usuris XXII,* 1 - *fr.* 28 *Dig. de verb. oblig, XLV,* 1); ma non già le usure convenzionali promesse dal debitore dopo la Fidejussione (*fr.* 53 *Dig. h. t.* - *cost.* 4 *Cod. de usuris IV,* 52 - *cost.* 7 *Cod. de loc. et cond. XIV,* 65).

b) In origine il creditore aveva il Diritto di escutere a suo arbitrio, o il Debitore principale, o il Mallevadore (*cost.* 5, 19, 20, 23 *Cod. de fidejus. VIII,* 41), ma questo principio fu modificato da Giustiniano con la sua *Novella* 4 *cap.* 1, con la quale accordò al Fidejussore il così detto benefizio dell'ordine o dell'escussione, *beneficium ordinis seu excussionis*, cioè la facoltà di esigere che il creditore escuta in precedenza il Debitore principale. Di tal benefizio non può profittare il Fidejussore:

1. Se il debitore principale è manifestamente insolvente, ammenochè la sua insolvenza non sia sopraggiunta dopo che era trascorso il tempo, in cui il Creditore avrebbe potuto e dovuto farsi pagare.

2.° Se il debitore principale è latitante, o in fuga

3.° Se ha rinunziato a questo benefizio (*cost.* 29 *Cod. de Pactis II,* 3). Più Confidejussori, in antico sarebbero stati obbligati *in solidum*, e come *correi,* ognuno avrebbe potuto essere astretto a pagare l'intiero debito, ma in Gius Nuovo godono del *beneficium divisionis,* accordato loro dall' *Epistola Divi Adriani* poco sopra ricordata, in forza del qual benefizio il

creditore è obbligato a dividere le sue azioni fra tutti i Fidejussori, che sono solventi il giorno della contestazione della lite; ed il Fidejussore escusso, è obbligato a pagare una quota parte proporzionale al numero dei Confidejussori (*Gajo III*, *121*, *122* - - *Istit.* § *4 h. t.* - *cost. 3 Cod. h. t.* - *Nov. 99*). Di questo benefizio non può prevalersi il Fidejussore, nei casi stessi in cui non può prevalersi del *beneficium ordinis seu excussionis* (*fr. 10 pr. Dig. h. t. cost. 3 Cod. eod.*).

b) Fra Fidejussore e Debitore Principale.

§. 524. Gli effetti della Fidejussione si riducono a questi: Finchè il Fidejussore non è giudicialmente intimato a pagare il Debito che ha garantito, non ha diritto di affacciare alcuna pretesa contro il Debitore principale, ammenochè questo ultimo non siasi obbligato a liberarlo dall' assunta Mallevadorìa, dentro un certo tempo, o non diminuisca le garanzìe che presentava all' epoca in cui si costituì Mallevadore (*fr. 38* §. *1 Dig Mandati XVII*, *1* - *cost. 10 Cod. eod. IV*, *35*). Ma appena il Fidejussore è intimato dal Creditore a pagare, può convenire il Debitore principale affinchè lo rilevi, o lo rimborsi di ciò che è stato obbligato a pagare per lui. A questo effetto si vale dell' *actio mandati contraria*, se prestò Fidejussione dietro commissione del Debitore principale: e dell' *actio negotiorum gestorum contraria*, se la prestò ad insaputa di lui (*Istit.* §. *6 h. t.* - *fr. 4 pr. Dig. h. t.* - *fr. 43 Dig. de negot. gest. III*, *5*). In qualunque caso ha diritto di ottenere dal Creditore, cui paga, la cessione delle azioni, che questi avrebbe potuto sperimentare contro il Debitore principale, insieme con tutti i diritti di pegno e di ipoteca, che garantivano il suo credito (*fr*, *36 e 39 Dig. h. t. cost. 2 e 11 Cod. eod.*). La facoltà di ottenere tal cessione, è detta *beneficium cedendarum actionum*, di cui dovremo trattare diffusamente fra poco. Ma il Fidejussore deve essere ben cauto di farsi cedere tali azioni, prima di pagare, perchè dopo aver pagato, non esiste più Debito, e per conseguenza non è più luogo a cessione di azioni per ottenerne il pagamento, essendo tali azioni estinte insieme col Debito (*fr.*

6 e 7 Dig. de solut. XLVI, 3). Il Fidejussore può farsi cedere dal Debitore principale la *condictio indebiti*, se questi ignorando avere detto Fidejussore pagato, paghi egli pure alla sua volta, *condictio indebiti*, che il Debitore principale potrebbe esercitare contro il Creditore, il quale ha ricevuto due volte il pagamento del medesimo debito (*fr. 29 §. 1 Dig. Mandati XVII, 1*). Affinchè il Fidejussore possa conseguire dal Debitore principale di essere rimborsato di quanto ha pagato per lui, fa di mestieri, che egli abbia agito con la dovuta diligenza; ed il Debitore principale potrebbe ricusare di rimborsarlo, se avesse trascurato di provare al Creditore, che il suo credito era estinto (*fr. 29 pr. §. 1, 2, 4, Dig. Mandati XVII. 1 - fr. 67 Dig. h. t. - cost. 10 inf. Cod. Mandati IV, 35*). Del resto il Fidejussore può asserire di aver pagato, e per conseguenza chiedere di essere rimborsato, ancorquando senza avere sborsato del contante al Creditore, tuttavolta procurò la estinzione del suo credito (*fr. 10 §. 5 fr. 11, fr. 12 pr. fr. 26 §. 3 Dig. Mandati XVII, 1 - fr. 18 e 64 Dig. h. t.*). Tutti questi Diritti, che spettano al Fidejussore contro il Debitore principale, gli spettano ancora contro gli altri Confidejussori, quando ha pagato per loro.

B) Constitutum debiti alieni.

§. 525. Questo *Constitutum*, del quale già accennammo l'esistenza trattando, fra i Patti Pretorj del *Costitutum debiti s. pecuniæ* in generale (Vedi sopra §. 436. pag. 226 e 227), può definirsi, come: *un Patto Pretorio, col quale taluno si obbliga a pagare un debito altrui, già esistente.* Di fronte al Diritto Pretorio, è questo Patto, quello che di fronte al Diritto Civile, è la Fidejussione; alla pari di essa era una Intercessione Cumulativa Sussidiaria, ed i più Constituenti sono in uguale maniera dei più Confidejussori obbligati *in solidum*, ma godono dei medesimi benefizj. Differisce ciò nonostante il *Constitutum* in discorso, dalla *Fidejussio,* perchè desso si contrae con un semplice patto, questa si contraeva con la Stipulazione; e sebbene il *Constitutum* sia come la *Fidejussio* una Convenzione accessoria, che presuppone dunque l'esistenza di una obbligazione principale, siffatto

carattere ha per lui conseguenze meno rigorose, che per la Fidejussione. Difatti, comunque neppure al Costituente sia lecito obbligarsi a pagare *più* del Debitore principale, (*fr. 4 fr. 11* §. 1 *fr. 12 e 13 Dig. de const. pec. XIII, 5*) gli è permesso obbligarsi a pagare in *altro luogo*, o ad *altro creditore (fr. 1* §. *5 fr. 5 pr.* §. *2 Dig. de const. pec. XIII, 5*); e se si obbliga a pagare di più, la sua obbligazione non è radicalmente ed assolutamente nulla, come quella del Fidejussore nel caso stesso, bensì è valida fino all' ammontare del Debito principale (*fr. 1* §. *8 fr. 11* §. *2 Dig. eod.*). (a)

C) *Mandatum qualificatum.*

§. 526. Questa specie di Mandato, di cui fu già detto qualche parola nel trattare del Contratto Consensuale di Mandato (Vedi sopra §. 382 pag. 174), è anch' esso una Intercessione Cumulativa sussidiaria, sebbene prestata per via indiretta. Chi vuol farsi Mallevadore, può incaricare un altro di fare un imprestito ad un terzo, pel quale intende restare garante. Questo *Mandator* diviene responsabile delle conseguenze della commissione data, ed il Mandatario che l'ha eseguita, con *l' actio mandati contraria* ottiene da lui di essere rimborsato di quanto ha pagato. Più *Mandatores* sono obbligati *in solidum*, ma ognuno di essi gode dei benefizj stessi dei quali godono i Fidejussori (*cost. 23 Cod. de fidejus. VIII, 41 - fr. 71 pr. Dig. eod. - cost. 4 Cod. eod. - fr. 13 Dig. eod. - cost. 3 Cod. de const. pec. IV, 18 - Nov. 4 cap. 1*). L' Obbligazione del Mandatario cessa, alla pari di quella del Fidejussore, con l' estinzione del Debito principale. Esiste per altro, qualche differenza fra la Fidejussione ed il Mandato qualificato. E di vero, prescindendo dalla forma nella quale differivano assai in Gius Antico, e non più in Gius Nuovo, il Mandato qualificato non può mai esistere dopo il Debito che stà a garantire; lo precede sempre; mentre quella di ordinario è posteriore alla creazione di tale Debito: il Mandato

(a) Appena occorre avvertire che in Pratica non vi ha differenza fra *Fidejussione e Constitutum debiti alieni*, perchè è sparita la *Stipulatio*, e la distinzione, fra Contratti e Patti.

qualificato non è come la Fidejussione, una Convenzione accessoria. Di quì deriva, che il *Mandator* è obbligato in un modo assoluto dentro i limiti della commissione che ha dato (*cost.* 7 *Cod. de Fidejus. VII,* 41), che se il *Mandator* paga il Creditore, il Debitore principale non è liberato, e finalmente che il *Mandator* eziandìo dopo aver pagato il creditore, può farsi cedere da esso le sue azioni contro il Debitore principale, od anche agire *utiliter* contro il medesimo (*fr.* 28 *Dig. Mandati XVII,* 1 - *fr.* 59 §. 10 *fr.* 76 *Dig. de solut. XLVI,* 3).

§. 527. Tutti quelli, che hanno la libera disponibilità dei loro beni, e che hanno facoltà di obbligarsi, possono in generale intercedere (*fr.* 3 *fr.* 19 *fr.* 20 *Dig. de fidejus. XLVI,* 1). Per eccezione intercedere non possono:

1.º I Militari, ai quali è vietato prestar sicurtà giudiciali, e sicurtà per gli affitti dei fondi (*fr.* 8 *Dig. qui satisd. cog. II,* 8 - *cost.* 31 *Cod. de locat. et cond IV,* 65).

2.º I Chierici, ai quali è vietato di far sicurtà per i Pubblicani, per gli Amministratori del Fisco, e pei Procuratori di lite (*Nov.* 123 *cap.* 6).

3.º Le Donne. È prezzo dell'opera trattare con una certa diffusione:

Dell' Intercessione delle Donne.

Dig. Lib. XVI. Tit. 1 *ad Senatusconsultum Vellejanum - Cod. Lib. IV, Tit.* 29 *eodem*

§. 528. Alcuni Editti di Augusto e di Claudio, avevano inibito alle Donne di intercedere per i loro mariti, (*fr.* 2 *Dig. ad S. C. Vellej. XVI,* 1), inibizione intesa ad ovviare al pericolo che l'affetto le trascinasse sconsigliatamente alla propria rovina, mediante atti, le cui pregiudicevoli conseguenze non vengono temute, quando sono conclusi. Sotto il Regno di Claudio, per venire più efficacemente in soccorso della debolezza del sesso, a proposizione dei Consoli *Marcus Silanus,* e *Vellejus Tutor* (anno 46 dell'era Cristiana) fu emanato un Senatusconsulto, detto *Vellejano,* che generalizzò la ricordata inibizione; infatti il Se-

natusconsulto Vellejano (di cui Ulpiano riferisce le parole nel *fr. 2 §. 1 Dig. h. t.*), proibì alle Donne *sui juris*, conjugate o no, di obbligarsi in qualunque modo per un altro, di intercedere insomma in qualsiasi guisa o forma, *ne pro aliis reæ fierent, seu intercederent*. Per disposto di questo celebre Senatusconsulto, la Donna, che malgrado il divieto ha interceduto, è autorizzata, ad opporre *l' exceptio Senatusconsulti Vellejani*, alla domanda diretta contro di lei, ed intesa a forzarla all' adempimento della obbligazione contratta, eccezione che può essere opposta in qualunque stato di atti, e perfino dopo la Sentenza (*fr. 25 §. 1 Dig. h. t. - fr. 11 Dig. de Senat. Maced. XIV, 6*). Tale eccezione rende assolutamente inefficace l' obbligazione della Donna, ne distrugge perfino l'elemento naturale: talchè essa ha facoltà di ripetere, mediante la *condictio indebiti*, quello che avesse pagato (*cost. 4 e 9 Cod. h. t.*), di rivendicare le cose date in pegno, respingendo con la *replicatio Senatusconsulti Vellejani* le eccezioni, che le fossero opposte (*fr. 32 §. 2 Dig. h. t. - fr. 39 §. 1 fr 40 Dig. de rei vind. VI, 1*). Profittare del disposto del Senatusconsulto Vellejano poteva, non solamente la Donna, ma eziandìo lo potevano i suoi eredi, e le persone che avevano garantito la sua promessa (*cost. 7 e 20 Cod. h. t. - fr 16 §. 1 Dig. h. t. - fr. 7 §. 1 Dig. de except. XLIV, 1 - cost. 14 Cod. h. t. - fr. 2 Dig quæs res pignori XX, 3*).

§. 529. Nessuna ingiustizia cagionava l'applicazione del Senatusconsulto Vellejano nelle Intercessioni Cumulative (vale a dire quando la Donna aggiungeva la sua obbligazione a quella di un altro), perocchè se l' obbligazione della Donna non aveva efficacia, rimaneva al Creditore l'obbligazione del Debitore principale; ma lo stesso non avveniva nelle Intercessioni Privative. In quella specie di Intercessione privativa, che chiamasi *Espromissione*, (per la quale l'Intercedente libera il vero debitore, ed il creditore rinunzia ai diritti contro di costui, accettando come solo suo debitore chi intercede), il Senatusconsulto Vellejano avrebbe prodotto una conseguenza iniqua, perchè il Creditore accettando la Espromissione della Donna, aveva rinunziato ad un credito civilmente esigibile, in vista di un altro Credito,

che pel ricordato Senatusconsulto gli sarebbe tornato assolutamente inutile. Ad ovviare a questo inconveniente, permettevano le leggi Romane, tornasse a vita l'obbligazione, che per la Espromissione della Donna si era estinta, accordando al Creditore il Diritto di esperimentare contro l'antico debitore l'azione che primitivamente gli competeva, azione che in questo caso assumeva la qualifica di *restitutoria* o *rescissoria* (*fr. 1* § *2 fr. 8* §. *7*, *9 fr. 32* §. *5 Dig. h. t.*). Qualora poi la Donna avesse prestato quella Intercessione Privativa, che dicemmo chiamarsi *Intervenzione* (cioè se la Donna aveva interceduto direttamente a favore di un terzo, per impedire che esso si obbligasse, ossia se aveva interceduto, per un Debito non ancora creato, bensì futuro), al Creditore fu data una *actio Institutoria* contro colui che la Donna con la sua intercessione aveva dispensato dal divenire debitore. Al creditore fu data tale *actio Institutoria* pel seguente motivo: la Donna, la quale con la sua Intercessione aveva impedito, che taluno divenisse debitore, avrebbe avuto azione contro costui per farsi indennizzare; quell'azione venne invece accordata al creditore che aveva accettato l'Intervenzione, affinchè egli non rimanesse ingiustamente pregiudicato, come altronde sarebbe rimasto; ed in vero contro la Donna non avrebbe potuto agire pel disposto del Senatusconsulto Vellejano; era dunque giuoco forza permettergli di agire contro il terzo, pel quale la Donna si èra fatta ad intervenire. Tale azione conceduta al creditore contro la persona a cui favore avvenne l'Intervenzione, si chiamò *Institutoria*, perchè essa *istituisce* una obbligazione, anzichè restituirla (*fr. 8* §. *14 fr. 29 pr. Dig. h. t.*) Finalmente, allorchè la Donna intercedeva congiuntamente ad un uomo per Intercessione *privativa*, l'uomo soltanto, e per la totalità del debito rimaneva obbligato; ma se l'uomo e la donna avessero dichiarato di intercedere *pro rata*, l'uomo rimaneva obbligato soltanto per la sua parte, ed il creditore aveva unicamente per la parte della Donna *l'actio Restitutoria* o *l'actio Institutoria*, secondo che la intercessione era stata una Espromissione, ed una Intervenzione (*fr. 48 Dig. de Fidejus. et mand. XLVI, 1 - cost. 8 Cod. ad S. C. Vellej. IV, 29*).

§. 530. Già prima di Giustiniano, la Donna non aveva fa-

coltà di prevalersi del disposto del Senatusconsulto Vellejano, nei casi seguenti:

a) Se per la prestata intercessione non aveva risentito danno, od era stata indennizzata (*fr. 21 pr. fr. 22 Dig. h. t. - cost. 1 Cod. eod.*).

b) Se aveva interceduto con lo scopo di ingannare il creditore (*fr. 2 §. 5, fr. 11, fr. 27 fr. 30 pr. Dig. h. t. - cost. 18 Cod. eod.*).

c) Se il creditore fosse stato in buona fede, cioè avesse ignorato che l'obbligazione contratta dalla Donna, fosse stata una intercessione (*fr. 4 pr. fr. 11, 12, 27 pr. fr. 28 §. 1 Dig. h. t.*).

d) Se il creditore, che accettò l'intercessione, era un Minore (*fr. 12 Dig. de minoribus IV, 4*).

e) Se la donna aveva istigato il Creditore ad intentare contro di lei la sua azione, promettendogli allora, che se lo avesse fatto, non gli avrebbe opposto l'*exceptio Senatusconsulti Vellejani* (*fr. 32 §. 4 Dig. h. t.*). Fuori di questi casi, il benefizio del Senatusconsulto poteva sempre venire invocato. Giustiniano introdusse alcune modificazioni a tale stato di cose. Ai casi in cui la Donna non poteva per eccezione prevalersi dell'eccezione del Senatusconsulto, aggiunse ancora quello, in cui essa, maggiore nel momento dell'intercessione, reiterasse la sua obbligazione dopo due anni (*cost. 22 Cod. h. t.*). Ordinò in seguito, che ogni Intercessione di lei, che non fosse fatta per mezzo di *pubblico istrumento* firmato da tre testimonj, sarebbe stata nulla ipso jure; attalchè essa non aveva bisogno allora di ricorrere all'*exceptio* del Senatusconsulto Vellejano, meno che nei tre casi seguenti:

1.° Se il creditore provava che era stata indennizzata (*cost. 23 Cod. h. t.*).

2.° Se aveva interceduto per manomettere un servo, o

3.° Per costituire una Dote (*cost. 24, 25 Cod. eod.*). Finalmente Giustiniano stesso con la Novella 134. cap; 8, stabilì che la Intercessione della Donna a favore del marito, fosse nulla, sebbene reiterata, e fatta per pubblico istrumento, ammenochè non ne avesse essa stessa risentito vantaggio (*Auth. si qua mu-*

lier Cod. h. t.). Era proibito alla Donna di rinunziare nel momento dell' intercessione al benefizio del Senatusconsulto Vellejano, ma poteva rinunziare alla sua eccezione nel momento in cui il creditore avesse intentato la sua azione (*fr. 32 §. 4 Dig. h. t.*). Valida, anzi necessaria rinunzia, era quella della Madre e dell' Ava nel momento, che assumevano la Tutela dei figli o nipoti (*Nov. 118. cap. 5*). (a)

PARTE V.

Della Cessione delle Azioni.

§. 531. La Cessione è contraria alla essenza del rapporto obbligatorio, ossia dell'obbligazione; ed invero l'obbligazione è un vincolo di gius fra due persone *determinate*: ora questa relazione giuridica fra loro, non può essere alterata da esse, senza distruggerla; il Debito ed il Credito originario, non possono essere trasferiti a persone diverse da quelle fra le quali furono contratti, senza estinguere la primitiva obbligazione, senza creare una obbligazione nuova. Anche in questo, molto differiscono i Diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio, dai Diritti patrimoniali reali. Chi gode di uno di questi ultimi, ha un diritto sopra una cosa, astrazione fatta da qualunque persona diversa dalla propria: laonde può disporne come più gli aggrada, purchè coerentemente all' indole speciale di quel Diritto. Ma chi gode di un Diritto emergente da un rapporto obbligatorio non può fare altrettanto, e sostituire a se altra persona di fronte al proprio debitore, nel rapporto obbligatorio che ha seco lui, perocchè sia quello un rapporto fra persone *determinate*. Se questa rigorosa deduzione dei principj essenziali di ogni obbligazione, fosse stata portata in pratica, alle sue ultime conseguenze, avrebbe arrecato non piccoli inconvenienti; infatti avrebbe privato i Diritti emergenti da un rapporto obbligatorio, di commerciabilità; il creditore che avesse

(a) In Toscana il Disposto del Senatusconsulto Vellejano non è più in vigore. È la legge del 20 Novembre 1838 sulla personalità della Donna, che deve consultarsi per stabilire di quali obbligazioni essa sia capace.

voluto trarre profitto dal suo credito, realizzandone l' ammontare prima della scadenza, non l' avrebbe potuto: ed il Debitore, che avesse desiderato mutare la persona del creditore, sarebbe stato del pari nella impotenza di farlo. Vero è bene che loro sarebbe venuto fatto di conseguire il respettivo intento, se si fossero accordati per surrogare a ciascheduno di loro, o ad uno fra loro, persone o persona diverse, creando così una obbligazione nuova in sostituzione della antica, operando insomma una Novazione; ma la Novazione richiedendo il concorso del volere di ambedue le parti, non tanto facilmente in ogni caso si può concludere. Quindi è, che sebbene in mancanza di altro mezzo, della Novazione si valessero (*Gajo II, 38 39*), ciò nonostante sentivano tutti urgente il bisogno di operare la traslazione di un Credito o di un Debito, senza impetrare il consenso del respettivo Debitore o Creditore. A questo bisogno satisfece la Legislazione Romana riconoscendo lecita la Cessione, non già dell' Obbligazione, (chè questa come abbiamo detto per l' indole sua, di cessione non era capace) bensì la Cessione delle Azioni. Vale a dire, fu permesso al Creditore che voleva trasferire ad altra persona l' utilità del suo Credito, di incaricarla di esigerne in giudizio il pagamento, esperimentando le azioni che a lui Creditore spettavano, lo che dicevasi *mandare o cedere actiones* (*fr. 24 pr. Dig. de minor IV, 4 - fr. 2 § 5 Dig. fam ercisc. X, 2 - fr. 3 §. 5 Dig. de in rem verso XV, 3 - fr. 8 §. 10 in f. Dig. Mand. XVII, 1 - cost. 4 Cod. de procur. II, 13*). La persona cui erano state *mandatæ* le azioni, faceva condannare il Debitore al pagamento, e riteneva per se il ricavato; era un mandatario in affare proprio, era un Procuratore *in rem suam* (Vedi sopra §. 383. pag. 175.). In questa maniera senza contradire direttamente al principio di ragione, che osta alla cessione delle Obbligazioni, si ottenne l' intento medesimo, ed il cessionario delle azioni, essendo di fronte al Debitore un semplice Mandatario del Creditore, non fu necessario che il Debitore consentisse a quella cessione; il rapporto obbligatorio primitivo non rimase alterato, ed il credito intanto divenne liberamente e prontamente negoziabile. La legislazione Romana adunque, ammise la cessione non già delle Obbligazioni, bensì delle

Azioni, permise che si cedesse l'esercizio del Diritto emergente dal rapporto obbligatorio, cioè l'azione, se non il Diritto stesso. Il principio ostativo alla cessione delle Obbligazioni, non patisce deroga per la trasmissione, ammessa dalla legge, nell' Erede di un Diritto emergente da un Rapporto obbligatorio appartenente al defunto suo autore, avvegnachè l'Erede rappresenti il Defunto, e per così dire continui la di lui personalità giuridica. Lunghe disquisizioni istoriche, che per amore di brevità omettiamo, potrebbero quì istituirsi sul modo di *mandare* o di *cedere* le azioni a Roma, nei diversi sistemi di Procedura che ivi si succederono; noi ci limiteremo a dire che il Procuratore, cioè quegli al quale erano stati mandate le azioni, non potè in origine intentarle che a nome del creditore suo Mandante; ma in seguito gli fu lecito intentarle in nome proprio, come azioni *utili* (*fr. 16 Dig. de Pactis II, 14 - cost. 2 Cod. de oblig. et act. IV, 10 - cost. 5 Cod. quando fiscus. IV, 15 - cost. 7, 8, 9 Cod. de hered. vel. act. vend. IV, 39 - cost. 18 Cod. de legat. IV, 37*), efficaci quanto le dirette, e dalle quali in Gius Nuovo differiscono soltanto nel nome (Vedi §. 377, pag. 168 e 169).

§. 532. Dalle cose fin quì discorse si raccoglie, che la Cessione delle Azioni conferisce la facoltà al Cessionario (*Cessionarius, procurator in rem suam*) di ottenere e ritenere a proprio vantaggio, e come se gli fosse dovuta, la prestazione derivante da una obbligazione, nella quale il Cedente (*cedens*) figurava come Creditore di un terzo. (*debitor cessus*). La compra, la permuta, la donazione, ed altri titoli analoghi, possono servire di veicolo alla Cessione. Ogni Cessione presuppone una *Convenzione* fra la persona che ha un credito, e la persona alla quale è ceduta l'azione per esigerne il pagamento: il loro reciproco consenso è necessario; ma necessario non è il consenso del debitore ceduto (*cost. 1 Cod. de novat. VIII, 42*). La Convenzione fra Cedente e Cessionariò, non ha bisogno di forme particolari; basta la riunione dei consensi sull' objetto della Cessione e sulle condizioni della medesima; si suole di ordinario redigere in iscritto tal convenzione, ma siffatta redazione giova unicamente come mezzo probatorio.

§. 533. La Cessione opera degli Effetti:

1.° Di fronte al Cedente.

2.° Di fronte al Cessionario.

3.° Di fronte al Debitore ceduto.

1° *Di fronte al Cedente.*

§. 534. Il Cedente, malgrado la Cessione, rimane Creditore del Debitore ceduto, ha facoltà per conseguenza di accettare validamente il pagamento del Debito o di chiederlo, se non che incorre in questi casi nell' obbligo di passare al Cessionario, quello che gli è stato pagato (*cost. 3, Cod. mandat. IV. 35 - cost. 4 Cod. quæ res pignori VIII, 17 - cost.* 3 *Cod. de noval. VIII. 42 - fr. 23 pr.* §. 1 *Dig. de hered. vel act. vend. XVIII, 4.- fr. 25, 26, 27 Dig. de Procur. III, 3).* - Ma sarebbe respinto con l' *exceplio doli* il Cedente, che si facesse a chiedere al Debitore ceduto il pagamento, quando al Debitore medesimo fosse stata notificata la avvenuta Cessione (notificazione che è nell' interesse del Cessionario di fare, per evitare che il Cedente esiga il Credito), o quando il Cessionario avesse già intentata l' azione, per costringere al pagamento il Debitore ceduto (*fr. 16 pr. Dig. de Pactis II, 14 - fr. 17 Dig. de Transact. II. 15 - cost. 3 Cod. de Novat. VIII, 42*). - Le relazioni fra Cessionario e Cedente, sono regolate dalla causa della Cessione. Se la Cessione è fatta a *titolo gratuito*, il Cedente non è obbligato a guarentire nè la solventezza del Debitore, nè la esistenza del credito; solamente quando è in dolo, perchè cede un credito che sapeva non esistere, può esser condannato a indennizzare il Cessionario *fr. 18* §. *3 Dig. de donat. XXXIX, 5*). Ma se invece la Cessione è fatta a *titolo oneroso*, il Cedente in generale è obbligato a guarentire la esistenza del credito, *Nomen verum*, non già la solventezza del debitore *Nomen bonum*, (*fr. 4 Dig. de hered. vel act. vend. XVIII, 4 - fr. 74* §. *3 Dig. de evict. XXI, 2 - fr. 30 Dig. de pignor. XX, 1*). - Affinchè sia responsabile della solventezza del Debitore, è necessario che abbia assunto espressamente quella responsabilità, o che abbia proceduto dolosamente nella Cessione, vale a dire con la scienza che il debitore era insolvente (*fr. 4 Dig. de hered. vel act. vend. XVIII, 4 - fr.*

74 §. 3 *Dig. de evict. XXI, 2*). Trattandosi di Cessione non già volontaria bensì necessaria, il Cedente non è neppure tenuto a garantire l' esistenza del Debito, *nomen verum (fr. 31 Dig. de act. empt XIX, 1)*; esempigrazia l' erede, che per sodisfare al legato di un credito, lo cede al legatario, non risponde neppure della realtà del medesimo.

2° *Di fronte al Cessionario.*

§. 535. Il Cessionario acquista il Credito come lo aveva il Cedente, con tutti i suoi accessorj, ed in generale con tutti i diritti, che sono passivamente o attivamente inerenti al medesimo *(cost. 5 Cod. de hered. vel act. vend. IV, 39 - fr. 2 pr. fr. 6, fr. 23 Dig. eod. XVIII, 4)*. - Il Cessionario rappresentando il Cedente, ha di regola la facoltà di far valere tutti i privilegj, che il Cedente avrebbe potuto far valere contro il debitore ceduto, ancorchè *personali (fr. 24 Dig. min. IV, 4 - fr. 2 pr. fr. 6, fr. 23 pr. Dig. de hered. vel act. vend. XVIII, 4 - cost. 5 Cod. eod. IV, 39. - cost. 7 Cod. de priv. fisc. VII, 73)* quando sieno *relativi al credito*: non così quelli che non hanno relazione o connessione alcuna col medesimo (*Ved. Haimberger* §. *643, Lib. IV. cap. 7*). Per la stessa ragione non lice al Cessionario prevalersi dei privilegj, che sono inerenti alla sua persona (*fr.* 38 *Dig. de minor. IV, 4*). Sembra peraltro che il Cessionario possa usare del privilegio del foro, allorchè gli competa (*Ved. Del Rosso, Saggio di Diritto Privato Romano attuale. Parte III. Sez. I.* §. 952, *Vol. IV. Sez. I. pag. 35*).

3° *Di fronte al Debitore ceduto.*

§. 536. Il Debitore ceduto può essere assolutamente estraneo alla Cessione; essendo obbligato di fronte al Cedente, può validamente pagare al medesimo, ammenoche la Cessione non gli sia stata notificata. Qualora egli paghi al Cedente, dopo essere stato notificato della Cessione, mal paga, e può essere sempre escusso dal Cessionario. È questione, se la notizia dell' avvenuta cessione, giunta stragiudicialmente, accidentalmente al Cessionario, valga ad esporlo alle conseguenze che incorrerebbe ove pagasse al Cedente, dopo che gli fosse stata giudicialmente

notificata la Cessione. - Noi crediamo, che ove egli in mala fede paghi al Cedente, e così rechi pregiudizio al Cessionario, possa essere obbligato a indennizzarlo (*fr. 17 Dig. de transact. II, 15*). - La posizione del Debitore ceduto, non può essere peggiorata dalla Cessione, quindi egli può far valere contro il Cessionario le eccezioni, che avrebbe potuto opporre al Cedente (*cost. 4 Cod. quæ res pignori VIII, 17 - fr. 4, 5 Dig. de compensat. XVI, 2 - fr. 17 Dig. de transact. II, 15 - fr. 70 §. 2 Dig. ad S. C. Trebell.* XXXVI, 1 *fr 4, §. 18 Dig. de compensat. XLIV, 4*).

§. 537. Tutti quelli che hanno facoltà di alienare, possono di regola cedere le loro azioni, e possono cederle a tutti quelli, che hanno capacità di acquistare. Se si tratta di cessione a titolo oneroso, i Cessionarj debbono avere eziandio capacità di obbligarsi. - Obietto di cessione può essere in generale qualunque diritto alienabile. - Tuttavolta questi principj veri in astratto, subiscono alcune limitazioni, che ristringono la libertà della Cessione. Le leggi infatti interdicono la Cessione di alcune azioni, per motivi desunti da *qualità personali* proprie di quelli che intervengono nella Cessione, e dalla natura speciale delle azioni che si vorrebbero cedere.

a) Per motivi personali.

1.° Diocleziano e Massimiano proibirono la *cessio in potentiorem*, cioè la cessione a persona che pel suo potere, per la sua posizione Sociale, potrebbe riuscire un avversario più oneroso o pericoloso pel cessionario (*cost. 1, 2 Cod. ne liceat potent. patrocin. litigant. præstare vel in act. in se transferre II, 14*).

2.° Giustiniano proibì ai Tutori e Curatori, di accettare la cessione di azioni esperibili contro i loro Pupilli, e Sottoposti (*Nov. 72 cap. 5*). La cessione fatta in spreto di questi divieti legislativi, porta alla perdita dei diritti ceduti.

b) Per la natura speciale delle Azioni cedute

In generale lice cedere tutto quanto fa parte del nostro patrimonio, e per conseguenza tanto le azioni personali, quanto le reali (*cost. 9 Cod. de hered. vel. act. vend. IV*, 39); ma

non quelle già intentate o litigiose; è questa una conseguenza della regola, che inibisce la cessione di tutto ciò che è litigioso (*cost.* 2, *e* 4 *Cod. de litig. VIII*, 37). Con questi due assiomi: 1.º che si può cedere soltanto quello che fa parte del nostro patrimonio. 2.º che non possono essere cedute le azioni litigiose, si spiegano tutte le eccezioni alla libertà nella cessione delle Azioni. Infatti:

1.º Non è permesso cedere delle azioni relative a Diritti esclusivamente personali, p. e. a dei diritti di famiglia, di condizione civile, perchè questi diritti non fanno parte del nostro patrimonio (Vedi sopra §. 227 pag. 2).

2.º Le Azioni relative ad un Diritto patrimoniale reale, o emergente da un rapporto obbligatorio, non possono essere cedute se già sono state intentate, imperocchè intentate che sieno, divengono litigiose (*fr.* 21 *e* 63 *Dig. de rei vindicat. VI*, 1 - *fr.* 35 §. 4 *Dig. de contr. empt. XVIII*, 1 - *cost.* 9 *Cod. de hered. vel. act. vend. IV*, 39).

3.º Le azioni criminali, che tendono a fare decretare una pena pubblica, non sono cedibili, perchè non fanno parte del nostro patrimonio

4.º Le *azioni popolari*, e le *azioni vindictam spirantes* non comportano Cessione, perchè se non sono intentate, non fanno parte del nostro patrimonio: ed appena sono intentate, divengono litigiose. É un errore di alcuni Interpreti del Diritto Romano, il pretendere, che sieno cedibili tutte le azioni trasmissibili agli eredi, *quæ ad heredem sunt transmissibilia, sunt cessibilia.* Ed in vero, i diritti litigiosi sebbene si trasmettano agli eredi, non possono essere ceduti.

§. 538. Per impedire, che uomini avidi di guadagno, speculassero sulla compra dei Crediti, ottenendoli a vil prezzo, e per difendere i debitori dalle vessazioni dei redentori di liti, l'Imperatore Anastasio stabilì, che il compratore di un Credito non fosse autorizzato ad esigere dal Debitore, più di quanto pagò per acquistarlo, computati per altro i frutti della somma sborsata, abbuonando il resto al debitore (*cost.* 22 *Cod. Mandati vel contra IV*, 35). La Costituzione con la quale lo Imperatore stabilì questa importante massima di gius, chiamata in

suo onore *Lex Anastasiana*, mirando ad impedire il turpe mercato dei redentori di redentori di liti, non è applicabile:

1.° Se la cessione fu fatta in pagamento (*in solutum*) di un credito. Chi invece di ricevere il pagamento in contanti, si accolla un credito, che il cedente aveva contro un terzo, corre il rischio della insolventezza del debitore ceduto, laonde è giusto che abbia un compenso nella possibilità di procurarsi con l' esazione di quel credito, un valore maggiore del prezzo pagato per ottenerne la cessione

2.° Quando la cessione fu fatta per conservare un diritto, od il possesso di una cosa. Se il possessore di buona fede di una cosa oppignorata, venuto in cognizione del diritto di pegno, che ha sulla medesima, un creditore della persona che glie l' ha venduta, stralcia con quel creditore, e gli paga una somma inferiore al valore nominale del suo credito: non è applicabile la legge Anastasiana, perchè questo Stralcio è stato fatto per evitare le molestie di quel creditore; attalchè è lecito a questo cessionario far valere per intiero il credito cedutogli, contro chi gli oppignorò la cosa.

3.° Finalmente non è applicabile la legge Anastasiana alla Cessione dei Crediti, avvenuta fra Collegatarj o Coeredi, all' effetto di aggiustarsi nella divisione di una eredità, o di un legato; la legge ha voluto così favorire la composizione dei loro interessi in conflitto, e non ha d' altronde temuto come possibile in quei casi, che le parti cercassero locupletarsi con la redenzione di liti, timore escluso dal motivo, che anima le cessioni dei crediti fra le ricordate persone (*cit. cost. 22 Cod. mandati IV, 35*). Queste eccezioni erano state tolte di mezzo da una Costituzione di Giustiniano, ma essa non è giunta fino a noi. Nei Basilici ne occorre un analisi in Greco, ed il Cujacio la tradusse. Questa traduzione si trova in molte edizioni del *Corpus Juris*, come *cost. 24 Cod. Mandati vel contra* (*IV*, 35), ma non è accolta nel foro, perchè costituzione non glossata.

§. 539. I redentori di liti, tentarono eludere il disposto della legge Anastasiana, dando alla Cessione un carattere misto di Vendita e di Donazione; fingevano che il credito fosse stato venduto fino all' ammontare del danaro effettivamente sborsato,

il di più lo fingevano donato; così sfuggivano alla lettera della legge, che contemplava la vendita di un credito, e non una cessione a titolo lucrativo. Per sventare questa macchinazione, Giustiniano con una sua Costituzione (che è la *cost. 23 Cod. Mandati IV*, 35) ordinò, che ancorquando il Cessionario avesse acquistato il credito per titolo di Vendita e di Donazione insieme, non potesse esigere se non quanto aveva effettivamente pagato, considerando come estinta la parte donata: e volle che il disposto della legge Anastasiana fosse applicato eziandìo alle simulate Donazioni. É questione assai controversa, se spetta al Cessionario che escute il Debitore, a provare, che la Cessione gli fu fatta per una somma uguale al valore nominale del credito, oppure se spetta al Debitore provare che fu fatta per una somma minore. La legge su questo proposito tace. Noi crediamo che la prova spetti al Debitore, imperocchè il Debitore che alla domanda di pagamento fattagli dal Cessionario, gli objetta che egli cessionario ha comprato il credito per meno del suo valore nominale, oppone una vera e propria *exceptio*, la quale egli deve provare, giusta la regola: *reus excipiendo fit actor*: tanto più che siffatta eccezione contiene la imputazione di un fatto riprovato dalla legge , il quale per conseguenza non può mai essere presunto.

PARTE VI.

Modi co' quali si estinguono le Obbligazioni.

Istit. Lib. III, Tit. 19 *quibus modis Obligatio tollitur.*

§. 540. Come le voci *Nexus*, *Obligatio*, *Contractus* indicano il legare , il vincolare giuridicamente, la parola *Solutio* indica lo svincolamento, lo scioglimento delle relazioni obbligatorie , e perciò la liberazione del Debitore . La parola *solutio*, nella sua accezione etimologica , ha dunque un significato generalissimo , ed esprime qualunque avvenimento, che pone termine alla Obbligazione , e scioglie il Debitore : *solutionis verbum pertinet ad*

omnem liberationem quoquo modo factam, fr. 54 Dig. de solut. XLVI, 3). Il modo regolare col quale il Debitore si libera, è la prestazione di quello che egli deve. Quindi l' espressione generica *solutio*, in un senso più limitato, significa: la *prestazione di ciò che è dovuto*: *Præstatio ejus quod est in obligatione, (fr. 176, Dig. de verb. signif. L, 16)*. Nel volgare linguaggio manca una parola, che traduca con esattezza, e corrisponda perfettamente alla voce *solutio*, adoperata in questo secondo significato. Comunemente usiamo la voce *pagamento* per tradurla, ma la voce pagamento ha nel linguaggio nostro un significato anche più limitato, perchè fa sorgere l' idea di una *solutio*, operata mediante lo sborso dell' effettivo contante *(fr. 5, §. 3 Dig. de re jud. XLII, 1)*.

La *Solutio*, ossia la prestazione di ciò che è dovuto, abbenchè sia il modo più regolare e comune di sciogliere una Obbligazione, non è il solo modo con cui si sciolga. - L' Obbligazione, può essere sciolta per altri mezzi, derivanti o dal consenso delle parti, od anche da eventi estranei a quel consenso. Rispetto allo scioglimento delle Obbligazioni, occorre in Diritto Romano lo stesso procedimento istorico, che osservammo quanto alla loro formazione. - Come il diritto Pretorio, e la Giurisprudenza, ammisero delle cause di Obbligazione, oltre quelle riconosciute dal rigoroso Diritto Civile: così sanzionarono altre cause di scioglimento delle Obbligazioni, oltre quelle riconosciute dal Diritto Civile. E come vi furono delle *Obbligazioni Civili*, *Pretorie*, *Naturali*, così esisterono delle *Liberazioni Civili*, *Pretorie*, *Naturali*. - Di qui probabilmente deriva la distinzione delle Obbligazioni fondata sul modo di loro scioglimento, cioè Obbligazioni che si sciolgono *ipso jure*, Obbligazioni che si sciolgono *ope exceptionis*.

a) Si estinguono *ipso jure* le Obbligazioni, quando replicando all' azione civile intentata contro di lui, il Reo Convenuto attinge le sue repliche alle medesime fonti, dalle quali fu attinta l' azione, vale a dire al Diritto Civile. Il Reo Convenuto sostiene allora, che egli non è stato mai obbligato, o che se lo fu, non lo è più di fronte al Diritto Civile.

b) Si estinguono *ope exceptionis* le Obbligazioni, quando il Reo Convenuto può, grazie alla protezione del Pretore, opporre una eccezione che paralizza l'azione. - Di fronte al Diritto Civile egli sarebbe obbligato, ma egli può allegare la sua liberazione fondandosi sull' equità Pretoria, che gli somministra un mezzo di difesa. Ed il Pretore inscriva nella formula i fatti, in considerazione dei quali il Giudice doveva dichiarare il Reo Convenuto liberato, ed assolverlo.

§. 541. Le Istituzioni Imperiali al *Tit. 29 (Quibus modis obligatio tollitur) del Lib. III*, trattano soltanto dei modi di Estinzione delle Obbligazioni, i quali si verificano *ipso jure*; dei modi di estinzione *ope exceptionis*, trattano laddove delle eccezioni discorrono. Una ragione di ordine esige, che noi riuniamo quì tutti questi modi di estinzione o di scioglimento delle obbligazioni.

a) Ipso jure

Si estinguono le Obbligazioni, mediante:

1° il Pagamento,

2° l' Accettilazione,

3° la Novazione,

4° il Mutuo Dissenso. - E sebbene le Istituzioni ricordino questi soli modi di estinzione, si può aggiungere:

5° la Distruzione della cosa,

6° la Confusione,

7° il Concorso di due cause lucrative.

1° Il Pagamento (Solutio)

Dig. Lib. XLVI Tit. 3 de Solutionibus et Liberationibus - Cod. Lib. VIII Tit. 43 eodem.

§. 542. Il modo più regolare e comune di estinguere la Obbligazione, è l' abbiamo detto poco sopra, il Pagamento, *Solutio*, vale a dire *Præstatio ejus quod est in Obligatione (fr. 176 Dig. de verb. signif. L, 16)*. Affinchè pel pagamento sia sciolta l'Obbligazione, debbonsi osservare le seguenti condizioni, che si riferiscono alla *persona* che paga, alla *cosa* che si paga, al *luogo ad al tempo* in cui si paga .

(*a*) *Persona*

Affinchè il pagamento sia valido, deve essere fatto da *persona*, che ha Diritto di alienare. (*Istit.* §. 2 *in f. Quibus alienare licet vel non II*, 8. - *fr.* 14. §. 8. *Dig*, *h. t.* - *fr.* 29. *Dig. de cond. indeb. XII*, 6). Ma quando è fatto da persona che ha Diritto di alienare, può essere anche fatto da persona diversa dal Debitore, eziandìo ad insaputa di questo; ed è in tal caso valido come se il Debitore avesse pagato da per se, quando il Creditore lo accetti, e quando chi paga, paghi per conto del Debitore, e con intenzione di liberarlo (*Ist.* §. 3, *Quibus modis Obligatio tollitur III.* 29 - *fr.* 23, 40, 53, *Dig. h. t.* - *fr.* 8 §. 5 *Dig. de novat. et delegat. XLVI*, 2). Il pagamento deve essere fatto al vero creditore, o ad un suo mandatario o rappresentante; può essere fatta ad un *adjectus solutionis causa* (*fr.* 39 *Dig. de negot. gest. III.* 5 - *fr.* 12 *pr. fr.* 32, *fr.* 34 §. 7. *fr.* 38. §. 1 *fr.* 59 *Dig. h. t.*). Ma è necessario, che la persona cui si paga, abbia il Diritto di alienare: poichè l' accettazione del pagamento include una alienazione, l' alienazione del Credito (*Istit.* §. 2. *quibus alienare licet vel non II*, 8). Ed il pagamento deve essere fatto con l' intenzione di estinguere la Obbligazione. La prestazione fatta con un intendimento diverso, non sarebbe una *solutio* (*fr.* 55. *Dig. h. t.*).

b) *Cosa.*

L' oggetto che si paga deve essere precisamente quello che venne in obbligazione, poichè il Creditore non può essere astretto ad accettare contro propria voglia, cosa diversa da quella, che ha il Diritto di esigere (*fr.* 1 §. 2 *Dig. h. t.* - *cost.* 16 *Cod. eod.*). Ciò nonpertanto se il Debito è pecuniario, (come abbiamo detto altra volta) può il Debitore profittare del *beneficium dationis in solutionem*. *Parziale* non può essere il pagamento, se non che anche quì ricorre l' eccezione di chi gode del *beneficium competentiæ* (Vedi sopra §. 242. pag. 18). Se il debito consiste nell' obbligo di *dare* una qualche cosa, la consegna della cosa opera *solutio*, soltanto quando chi dà è proprie-

tario della cosa *data*, e capace di alienare (*Istit.* §. *2 in f. quibus alienare licet, vel. non II, 8*).

c) Luogo e Tempo.

Circa al *luogo* ed al *tempo* del Pagamento, rinviamo alle regole esposte là dove parlammo in generale del luogo e del tempo, in cui deve eseguirsi una obbligazione (Vedi sopra § 243, 244 pag. 19, 20).

§. 543. Il Pagamento ha per effetto di estinguere *ipso jure* l' Obbligazione con tutti i suoi accessorj, specialmente con le Ipoteche, e le Fidejussioni inerenti al Debito (*Istit. pr. quibus mod. oblig. toll. III, 29 - fr. 45 Dig. h. t.*). Quando taluno ha più Debiti verso uno stesso creditore, e pagando dichiara qual Debito intende di estinguere, nessuna difficoltà; ma se paga senza quella dichiarazione, si intende che abbia voluto estinguere:

1.° Il Debito più *oneroso*: e tale è il debito fruttifero (*fr. 89* §. *2 Dig. h. t.*), quello garantito da ipoteche o fidejussioni (*fr. 4 e fr. 97 Dig. h. t*), quello scaduto (*fr.* 3 §. 1 *fr.* 5 *pr. fr.* 103 *Dig. h. t.*), quello pel quale il debitore fu condannato (*fr.* 7 *Dig. h. t.*) quello, essendo condannato a pagare il quale, si incorre nell'infamia, o in una pena (*fr.* 7, 97 *Dig. h. t.*) Se i più debiti sono tutti ugualmente onerosi, si presume abbia voluto pagare:

2.° Il Debito più *vecchio* (*fr 5 pr. fr. 9 Dig. h. t.*). E se sono contemporanei,

3.° Si intende che abbia pagato una quota proporzionale di ciascheduno di questi crediti (*pro rata*) (*fr. 8 Dig. h. t.*).

§. 544. Il fatto del pagamento deve essere *provato* da chi asserisce di averlo eseguito (*cost. 25 Cod. h. t.*). Questa prova può essere fornita con tutti i mezzi dalla Legge permessi, cioè mediante testimoni, con la delazione del giuramento, ma specialmente per mezzo di Ricevute (*Apochæ*). Non tutte le ricevute, o apoche, hanno la stessa forza probatoria. Se riguardano pagamenti fatti ad una pubblica cassa, e sono rilasciate da un pubblico amministratore, queste ricevute fanno subito prova piena; se per l'opposito sono fatte da un privato, esse provano

pienamente soltanto dopo 30 giorni. Dentro i 30 giorni, chi le rilasciò, può opporre *l' exceptio seu replicatio non solutæ pecuniæ* (*cost. 4 Cod. de apoch. publ. X, 22 - cost. 14 §. 2 Cod. de non mun. pec. IV, 50*). Questa eccezione non va confusa con *l' exceptio non numeratæ pecuniæ*, della quale parlammo allorchè trattammo delle obbligazioni litterali: perchè quella (vale a dire l' *exceptio non numeratæ pecuniæ*), si riferisce al caso in cui taluno abbia rilasciato un documento nel quale confessi di aver ricevuto a Mutuo danaro, che non gli fu sborsato: e si può opporre durante due anni; questa (cioè l' *exceptio non solutæ pecuniæ*) si riferisce al caso, in cui non siasi ricevuto il pagamento di un Debito, ma se ne sia fatta quietanza: e si può opporre soltanto dentro 30 giorni; l' una di queste eccezioni insomma, può opporsi ad una confessione di Debito, l' altra ad una quietanza. Scorsi i 30 giorni, chi ha ottenuto l' apoca, la quale contiene la quietanza, con la sola produzione della medesima, ha provato pienamente il suo pagamento: l' *exceptio non solutæ pecuniæ, non può essergli più opposta.* Il pagamento si presume, quando la scrittura che attesta il Debito, sia cancellata, stracciata, o sia stata restituita al Debitore (*fr. 24 Dig. de Probat. XXII, 3 - cost. 14 e 15 Cod. h. t.*). Chi può provare il pagamento delle pubbliche imposizioni fatto puntualmente per 3 anni consecutivi, mediante la produzione di ricevute rilasciate dagli amministratori del pubblico erario, ha la presunzione di avere pagato anche le imposizioni precedenti a quel triennio (*cost. 27 Cod. de Apoc. pub. X, 23*). La Giurisprudenza, ha esteso per analogia questa disposizione a tutti gli altri pagamenti a termine, e la prova in contrario deve fornirsi dalla parte avversa.

§. 545. Qualora il Creditore, senza plausibile motivo, rifiuti di ricevere il pagamento offertogli verbalmente dal Debitore, questi per via giudiciale può tornare ad offrirgli il pagamento medesimo, dichiarando cioè di essere pronto a pagare la somma o le cose dovute, e intimandolo a comparire in giudizio in un dato giorno, nel quale opererà il pagamento. Se dopo questa *offerta reale*, la parte citata non comparisce, l' offerente ha il Diritto di procedere al Deposito della somma, o cosa offerta, nel

luogo dalle leggi determinato per i depositi giudiciarj. Cotale *Deposito Giudiciario* ha lo stesso effetto del pagamento, e come quello estingue il Debito (*cost. 9 Cod. de Solut. et liberat. VIII*, 43 - *cost.* 19 *Cod. de Usuris IV*, 32 - *fr. 72 pr. Dig. de solut. et liberat. XLVI*, 3). Ordinariamente è volontario, ma è sempre necessario farlo, quando si voglia impedire che gli interessi seguitino a decorrere (*fr. 7 Dig. de Usuris XXII*, 1 - *cost.* 6, 9, 19 *Cod. eod. IV*, 32 - *cost. 9 Cod. de solut. et liberat. VIII*, 43.). Il Debitore, che ha fatto il Deposito Giudiciario, può riprendersi la somma depositata, finchè il Creditore non l'ha accettata, ma allora il suo Debito ritorna a rivivere, e gli interessi ricominciano a decorrere (*cost. 19 Cod. de usuris IV*, 32.). Generalmente per la liberazione del Debitore, è necessario il concorso dell'Offerta Reale, e del Deposito; ma in alcuni casi o la Offerta sola, o il solo Deposito, producono lo stesso effetto.

a) Basta la *sola Offerta*, quando chi paga modiche usure prometta, che nel caso in cui non paghi in un dato giorno il debito, paghcrà usure maggiori. In questo caso, la sola offerta, lo libera dagli effetti dannosi della Mora, ed anche dai rischj e pericoli della cosa (*cost 9 Cod. de Usuris IV*, 32 - *fr. 9* § 1 *Dig. eod. XXII*, 1).

b) Basta il *solo Deposito*, quando il Debitore non può pagare il proprio Creditore, perchè questi è assente, e non ha lasciato procuratore, o *adjectus solutionis causa*, o il Debitore non può pagare con sicurezza il suo Debito, perchè p. e. il Creditore è impubere e non ha ancora tutore, o perchè il Credito è litigioso, e più se lo disputano (*fr.* 7 §. 2 *Dig. de minor. IV*, 4 *fr.* 18 *Dig. de Usuris XXII*, 1). In Gius Antico, come ci dice Gajo, (*Comm. III* , §. 173 *a* 175.) quando il Debito era stato contratto *per aes et libram*, il pagamento si faceva con la stessa simbolica forma, la quale veniva adoperata anche quando si doveva pagare in conseguenza di un giudizio. Altrimenti senza formalità, come senza formalità il pagamento si opera in Gius Nuovo. (a).

(a) Sull' Offerta Reale e sul Deposito, in Toscana dispone il Regolamento di Procedura dall' art. 993. fino allo art. 1001.

2°. *Accettilazione.*

Dig. Lib. XLVI. Tit. 4 de Acceptilatione - Cod. Lib. VIII, Tit. 44 de Acceptilationibus.

§. 546. L'Accettilazione: era un modo particolare di estinguere le obbligazioni verbalmente contratte. Cotali obbligazioni che derivavano dalla solennità delle formule adoperate dalle Parti nel vincolarsi, potevano estinguersi mediante solenni formule contrarie. L'Accettilazione era insomma, il contrapposto della Stipulazione, e addimandava gli stessi requisiti in senso inverso. *Quod ego tibi promisi habes ne acceptum?* domandava l'uno. Se l'altro rispondeva: *Habeo*, questa ricevuta verbale estingueva la obbligazione; tale immaginario pagamento equivaleva ad un pagamento effettivo (*Gajo III*, *169* - 172). Poteva accadere che un pagamento effettivo precedesse questa ricevuta verbale, (*fr.* 19 §. 1 *Dig. de accept XLVI*, 2), ma anche senza di esso, per la *acceptilatio* la obbligazione si estingueva. Vi ha chi pretende che *l'acceptilatio* fosse un modo di estinzione, proprio anche delle obbligazioni litterali. È probabile che queste costituendosi per la *Expensilatio*, con la *Transcriptio*, dovessero estinguersi per *l'Acceptilatio* parimente con *Transcriptio*, ma nelle nostre Fonti non troviamo mai a vero dire, indicata una *Acceptilatio* fatta *literis*. L'Accettilazione non era per certo applicabile in origine, alle Obbligazioni contratte *re*, ed a quelle derivanti da Delitto o da altre cause. Per estinguere con la Accettilazione qualunque maniera di Debiti, il Giureconsulto Gallo, (collega ed amico di Cicerone, e maestro di Servio Sulpizio) inventò una formula generale, con la quale si trasformava in una Stipulazione una Obbligazione qualunque (*Gajo III*, 170); questa formula si legge riportata nelle Istituzioni Imperiali al §. 2 di questo Titolo 29 del Libro III. La Stipulazione nella quale era adoperato la formula di Aquilio Gallo, fu detta *Stipulatio Aquiliana.* L'Accettilazione estingueva il Debito con tutti i suoi accessorj, liberava il Mallevadore, se fatta col Debitore principale, e liberava il Debitore principale se fatta al Mallevadore. Estingueva il Debito correale per tutti i Correi.

Gajo III, 169 Istit. §. 1 quib. mod. obl. toll. III, 29 - fr. 7 §. 1 Dig. de lib. leg. XXXIII, 7 - fr. 107 Dig. de solut. XLVI, 3 - fr. 1 5 fr. 13 §. 7 fr. 16, 23 Dig. de accept. XLVI, 4).

(3) *Novazione.*

Dig. Lib. XLVI. Tit. 2 de Novationibus et Delegationibus. - Cod. Lib. VIII, Tit. 42 eod.

§. 547 La Novazione è: la *Sostituzione di una nuova obbligazione ad una altra, che si estingue* « Novatio est prioris « debiti in aliam obbligationem vel civilem vel naturalem transfusio vel translatio, hoc est, cum ex præcedenti causa, ita « nova constituatur, ut prior perimatur (*fr. 1 Dig. h. t*). La voce *Novatio* deriva da *novare*, rinnuovare: ed in fatti una *nuova Obbligazione*. o un *nuovo Debito* si sostituisce all' antico. Tutte le Obbligazioni ammettono Novazione. Il Contratto Verbale, e l' antico Contratto Letterale, erano i soli contratti per mezzo dei quali, in Gius Antico, si operasse la Novazione. Nel Contratto Verbale, era con la Stipulazione Aquiliana, che si operava Novazione, nel Contratto Letterale con la *Transcriptio a re in personam* o *a persona in rem.* Ma più usata era la *Stipulatio Aquiliana.* In Gius Nuovo, la Novazione si opera per semplice Convenzione, senza formalità alcuna. Quattro condizioni sono richieste per operare la Novazione:

1.º Il Consenso di coloro, che la pongono in essere, i quali debbono aver capacità di consentire, e respettivamente di obbligarsi e di alienare (*fr. 20 Dig. h, t.*).

2.º L' intenzione manifesta ed esplicita di operare una novazione (*animus novandi*). Quell' intenzione talvolta può non apparire evidente, specialmente trattandosi di una novazione, con cui si mutino soltanto alcune accidentalità della Convenzione. L' *animus novandi* non si presume: esso deve resultare manifesto dall' atto (*fr. 2 in f. fr. 6 pr. fr. 7, 8 §. 1, 2, 3, 5, fr. 9 pr. fr. 26, 28 Dig. h. t. - fr. 71 pr. Dig. pro Socio XVII, 2 - fr. 58 Dig. de verb. oblig. XLV. 1.*). Giustiniano con una sua Costituzione, che si legge nel Codice e che è la *cost. 8 al Tit. de Novat.* (*VIII, 42.*), insiste su questo biso-

gno di dichiarare manifestamente la volontà delle parti intesa ad operare una Novazione, perchè la Novazione abbia efficacia. In caso di dubbio, l'antica obbligazione sussiste, e vi si aggiunge la nuova. Non già che il Debitore sia obbligato a pagare due volte; ma ciò che è stato stipulato nella seconda, accede alla prima, che resta intatta con tutti i suoi accessorj (*cost. 8 Cod. h. t. - Istit. §. 3 quib. mod. oblig. toll. III*, 29 - *fr. 8 §. 5 Dig. h. t.*).

3.º L'esistenza di una antica obbligazione valida. Non importa che questa prima obbligazione sia civile o naturale, pura o condizionale. (*fr. 1 §. 1 fr. 2 fr. 5 in f. fr.* 8 §. *1 Dig. h. t.*).

4.º Una nuova Obbligazione valida, perchè se la nuova è invalida, la Novazione estingue l'antica Obbligazione, senza sostituirne ad essa una altra (*fr. 4 Dig. h. t.*).

§. 548. La Novazione si opera in tre modi diversi, infatti:

1º Possono il Debitore ed il Creditore rimanere gli stessi

2º Può un nuovo Debitore essere surrogato all'antico

3º Può un nuovo Creditore essere surrogato all'antico.

(1) *Debitori e Creditori rimangono gli stessi*

§. 549. Questo avviene in tutti quei casi nei quali la Obbligazione riceve un' altra *causa;* o in cui un altro oggetto è surrogato a quello che era nella prima obbligazione. (*fr. 58. Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 7. §. 2 Dig. de novat. et deleg. XLVI, 2*), o le clausule accessorie relative al *tempo*, al *luogo*, alla *condizione*, alla *intercessione* ec. sono variate. Questa è la Novazione comunemente chiamata *semplice.*

(2) *Un nuovo Debitore è surrogato all'antico.*

§. 550 Ciò può avvenire:

a) per *Espromissione* (*Expromissio*)

b) per *Delegazione* (*Delegatio*)

a) Per *Espromissione*, quando cioè spontaneamente un nuovo Debitore si presenta al Creditore, per liberare l'antico, offrendo di obbligare se. Il Creditore e questo Espromissore, si possono accordare senza che sia necessario lo intervento, ed il

consenso del primitivo Debitore (*fr. 8 §. 5 Dig. de novat. et delegat. XLVI, 2 - cost. 25 Cod. de pactis II. 3*).

b) Per *Delegazione*, quando cioè il primo Debitore (*Delegante*) sostituisce verso il Creditore (*Delegatario*), un altro Debitore (*Delegato*). Questa Novazione esige oltre il Consenso del nuovo Debitore o del vecchio, anche quello del Creditore (*fr. 11, fr. 17 Dig. de novat. et delegat. XLVI, 2 - cost. 1 e 6 eod. eod. VIII, 42*).

3° *Un nuovo Creditore è surrogato all' antico*

§. 551. Ciò avviene quando l'antico Creditore sostituisce a se come Creditore, altra persona che il Debitore accetta. - Anche in questa Novazione, (la quale come l' antecedente assume il nome di *Delegazione*, si esige il consenso oltre che del Creditore antico e del nuovo, anche quello del Debitore, al quale viene mutato il Creditore (*cost. 3. Cod. de novat et delegat. VIII, 42 - cost. 2. Cod. de obligat. et. act. IV, 10*). La Delegazione, sia che abbia per effetto la mutazione della persona del Debitore, sia dal Creditore, va ben distinta dalla Cessione; imperocchè la Delegazione estingue il Debito antico, surrogandone a quello uno nuovo: mentre la cessione lascia sussistere il Debito antico con tutti i suoi accessorj, privilegi, ed eccezioni.

§. 552. Sono ora da esaminare gli Effetti della Novazione

1° Per la Novazione cessa *ipso jure* la prima Obbligazione con ogni suo accessorio, pegno e fidejussione (*Istit. §. 3. quib. mod. oblig. toll. III, 29 - cost. 2, 3 Cod. h. t. - fr. 8 §. 3 in f. Dig. ad S. C. Vell. XVI, 1 - fr. 18, 29 Dig. h. t. fr 68. §. 1 Dig. de evict. XXI, 2 - cost. 4 Cod. de fidejuss. VIII, 41*). Attalchè molto cauti bisogna essere nell' operare Novazioni, per non perdere le garanzie che si avevano. Tuttavolta havvi mezzo di conservare per la nuova obbligazione i diritti di pegno costituiti per l' antica (*fr. 29, Dig. de novat. et delegat. XLVI, 2 - fr 1 pr. fr. 15 fr. 18 Dig. eod. - Istit. §. 3 quib. mod. toll. oblig. III, 29*).

2° Il Debitore perde le eccezioni, che avrebbe potuto opporre all' antico Debito. (*fr. 12, 19, 33. Dig. h. t. - fr. 4 §.*

20, 21. Dig. de doli mali except XLIV, 2 - fr. 78 §. 5 Dig. de jure dot. XXIII, 5).

3° La novazione di un Debito Correale, estingue il Debito verso tutti i Debitori o Creditori Correali, sia che il nuovo Debito venga contratto fra l' uno dei correi e la parte contraria (*fr. 31. §. 1. Dig. h. t.*), sia che venga contratto fra il Creditore ed un terzo, che si offra come Debitore della nuova obbligazione (*arg. fr. 20, Dig. ad S. C. Vellej XVI, 1*).

4° *Il Mutuo Dissenso*

§. 553. È questo un modo di scioglimento delle obbligazioni contratte mediante il consenso. Come col consenso si concludono, così col consenso contrario al primo, (o come dicono: *col mutuo dissenso*) si sciolgono. Ma affinchè questo avvenga è necessario, che la obbligazione non sia stata eseguita, (*rebus integris*): poichè dopo la sua esecuzione, se le parti vogliono ritornare allo stato pristino, è necessario fare una nuova convenzione in senso contrario alla prima. - Ed in vero l' esecuzione data al contratto consensuale, gli ha trasfuso l' indole delle obbligazioni Reali, quindi, il bisogno di un nuovo Contratto. Così esemplificando, a cosa intiera, le parti possono, se vogliono, recedere da un contratto di Compra e Vendita, mad opo la Tradizione, il mutuo dissenso non vale a sciogliere la Vendita, è necessaria una Retrovendita (*cost. 1, 2. quando liceat ab emtione discedere IV, 45 Istit. §. 4. quib. mod. obl. toll. III, 29 - fr. 7. §. 6 fr. 58 Dig. de pactis II, 14 - fr. 2. §. 2. fr. 72 pr. Dig. de contr. emt. XVIII, 1 - fr. 3, fr. 5. §. 1. Dig. de rescind. vend. XVIII, 5 - fr. 80. in f., fr. 95 §. 12. Dig. de solut. XLVI, 3*).

§. 554. Le cause fin qui dichiarate, sono le cause per le quali le obbligazioni si estinguono *ipso jure*, che le Istituzioni Imperiali enumerano. Ma a queste si possono aggiungere.

5° *La distruzione della cosa*

§. 555. Se la cosa objetto della Obbligazione perisce per un caso fortuito, e quella cosa era un *corpo certo* individualmente

determinato, cioè una *specie*, o non un *genere*, il Debitore è liberato dalla sua Obbligazione, quando egli non fosse stato in Mora .- Lo stesso si dica se il Debitore è nella impossibilità assoluta, ed a lui non imputabile di *facere* o di *præstare*. - La sua Obbligazione cessa. (*Vedi sopra* §. 252, 253. *pag.* 29 - 32).

6° *Concorso di due Cause lucrative.*

§. 556. Quando una persona ha Diritto di esigere qualche cosa a *titolo lucrativo*, il suo Credito si estingue, se acquista la cosa stessa in forza di altro *titolo lucrativo*, giusta il principio, che in materia di legati specialmente dovremo ripetere: che *due* cause *lucrative nello stesso individuo, e circa alla cosa stessa, non possono concorrere* (*fr.* 17. *Dig. de obligat. et act. XLIV*, 7 - *fr.* 83 §. 6 *Dig. de verb. oblig. XLV*, 1. - *Istit.* §. 6. *de legatis II*, 20).

7° *Confusione*

§. 557. Quando la qualità di Debitore e di creditore si sono riunite nella stessa persona (lo chè specialmente avviene per la Eredità) il Credito sussiste, ma siccome non può essere ripetuto, perchè è assurdo che il Debitore agisca contro se stesso per esigerne il pagamento, il Debito si estingue (*fr.* 75 *fr.* 95 §. 2. *fr* 107. *Dig. de solut. et lib. XLVI*, 3 - *fr.* 71. *pr. Dig. de fidejus. et mand. XLVI*, 1).

§. 558. Le Obbligazioni si estinguono:

Ope exceptionis

nei casi seguenti:

1° del Patto *de non petendo*,

2° della Compensazione ,

3° della Prescrizione ,

4° della Restituzione in intiero .

1° *Patto de non petendo*

§. 559. È questa una *Convenzione*, *con la quale il Creditore consente a considerare il suo Debitore*, *come liberato*. - Di fronte al Diritto Pretorio, questo Patto era quello , che di

fronte al Diritto Civile, era l'Accettilazione. - Se non che differiva dall' Accettilazione in questo: che l' Accettilazione aveva luogo soltanto mediante parole, ed estingueva obbligazioni verbali, o obbligazioni diverse, ma ridotte ad obbligazioni verbali; mentre il Patto, del quale trattiamo, estingueva le Obbligazioni di qualunque genere, derivanti sia da Contratto, sia da Delitto, sia da Quasi Contratto, sia da Quasi Delitto. Questo patto operava l' estinzione dell' Obbligazione *ope exceptionis*, perchè non dava se non che una eccezione, (protetta dal Pretore) che paralizzava l'azione, che il Creditore avesse sperimentato. Come i semplici patti non facevano nascere Obbligazioni Civili, così non bastavano ad estinguere civilmente Obbligazioni esistenti; essi procuravano soltanto una liberazione *naturale*, che si faceva valere mediante una eccezione (*Istit.* §. *3 de Except. IV*, *13* - *fr. 27* §. *2 Dig. de pactis II*, *14*). Estinguevano peraltro *ipso jure* una obbligazione naturale (*fr. 95* §. *4 Dig. de solut. XLVI*, 3). L' eccezione del *pactum de non petendo*, distruggeva l' elemento naturale della obbligazione, cui era opposta; infatti con la *condictio indebiti* potevasi ripetere ciò che fosse stato pagato da chi, potendo opporre l' eccezione stessa, aveva per errore omesso di farlo (*fr. 32* §. *1*, *fr. 40 Dig. de cond. indeb. XII*, *6*). Il Patto *de non petendo* può rimettere il Credito, sia *totalmente*, sia *parzialmente*.

§. 560. Si possono distinguere due forme di questo patto. Può essere cioè concepito *in rem*, ed in *personam*.

a) In rem, ed allora procura una liberazione pura e semplice; dà una eccezione per respingere l' azione, che fosse intentata dal Creditore ed i suoi aventi causa, eccezione che può essere opposta dal Debitore, e da' suoi aventi causa (*Istit.* §. *4 de replicat. IV. 14* - *fr. 27* §. *2 Dig. de pactis II*, *14*). - Ma tal patto non estingue per tutti i rispetti il Debito. - Laonde se un Creditore solidale ha fatto col Debitore un patto *in rem*, gli altri *correi credendi* non ne sono pregiudicati (*fr. 27 pr.* - *Dig. de pactis II*, *14*). Del pari i terzi non possono per regola prevalersi di questo patto nel loro interesse, perchè per essi è *res inter alios acta*. Lo potrebbero peraltro, tutte le volte che il Debitore vi avesse un interesse (*fr. 21* §. *5 Dig. de pactis II*,

14). - Di quì deriva che il Mallevadore può profittare di questo Patto *in rem* fatto col Debitore, perchè altrimenti il Debitore sarebbe obbligato a rimborsare il Mallevadore, e così il Patto indirettamente tornerebbe per lui Debitore inutile (*Istit.* §. *4 de replicat. IV, 14 - fr. 29 Dig. de receptis IV, 8 - fr. 5 pr. Dig. de lib. leg. XXXIV, 3 - fr. 1* §. 8 *Dig. quar. rer. act. non datur XLIV, 5 - cost. 11 Cod. de except VIII, 36).*

b) Il Patto *de non petendo* è concepito *in personam*, quando o è fatto soltanto per riguardo alla persona del Debitore, e non può essere che da lui opposto, o è fatto soltanto per riguardo alla persona del Creditore, e non può essere opposto che a questo (*fr. 17* §. *3, 4 fr. 22 fr. 25* §. *1 fr. 57,* §. *1 Dig. de pactis II, 14*). La questione intesa a decidere se un patto di questo genere è concepito *in rem* o *in personam*, è questione d' interpretazione di volontà, la quale non può risolversi che dietro l' esame delle parole della Convenzione. - Nel dubbio si presume che il patto sia concepito *in rem* (*fr. 7* §. *8, fr. 21, fr. 22 Dig. de pactis II, 14 fr. 9 Dig. de probat. XXII, 2 - Istit.* §. *4 de replic. IV, 14).*

2° *Compensazione*

Dig. Lib. XVI Tit. 2 de Compensationibus - Cod. Lib. IV Tit. 31 eodem.

§. 561. Allorchè il Debitore ha alla sua volta un Credito contro il proprio Creditore, può opporglielo, quando questi lo escuta.

La Compensazione si fonda:

1° Su di un principio di gustizia. - Sarebbe ingiusto che chi è creditore di un altro, perseguitasse questo che alla sua volta fosse creditore di lui attore (*fr. 173* §. *3 Dig. de reg. juris L, 17*);

2° su di un principio di *utilità*, poichè giova alla speditezza, alla semplicità, ed alla sicurezza delle contrattazioni pagarsi da se, quando siamo debitori verso un nostro debitore, anzichè pagarlo, per poi farsi pagare. La legge ha per queste considerazioni ammesso, che le due obbligazioni si estinguessero fino a

concorrenza del loro respettivo ammontare. La Compensazione è dunque una reciproca *solutio* (*fr. 76 Dig. de verb. signif. L, 16*), o lo che torna lo stesso, una imputazione reciproca di ciò che l'una parte deve all'altra (*fr. 1 Dig. h. t.*). - Ma presso i Romani la Compensazione non fu ammessa che gradatamente ; - Da primo fu ammessa in pochi casi, poi fu generalizzata, purchè il Debito opposto in compensazione fosse nato dalla medesima *causa* dalla quale era nato quello, al quale era opposta (*Gajo IV, 61*). In fine non si guardò più alla *causa*, (*Paolo II, 5, 3 - Istit. I. 30 de act. IV, 6 - cost. 14 Cod. h. t.*) ma soltanto al concorso delle seguenti condizioni :

1° Due debiti *validi* (*fr. 14 Dig. h. t.*), qualunque ne fosse la causa e l'origine. Di vero il Debito naturale può opporsi ad un Debito Civile (*fr. 6 e 9 Dig. eod.*);

2° I due debiti debbono avere per *objetto delle cose fungibili* e *della stessa natura*. - La compensazione è infatti un pagamento reciproco, laonde il Creditore non può essere astretto a ricevere cosa di natura diversa da quella dovutagli. - Ma non importa che i due debiti ammontino alla medesima somma, nè che l'uno sia fruttifero, l'altro no, che l'uno non sia garantito da mallevadori, e l'altro lo sia (*Istit.* §. *39 de act. IV, 6 - cost. 5 Cod. h. t. fr. 11, 12, 15 Dig. eod.*).

3° Il Debito opposto deve essero *incondizionato* e *scaduto*. - Se il Credito che si vuole opporre in compensazione *non è scaduto*, si verrebbe indirettamente ad obbligare il Debitore a pagare prima della scadenza (*fr. 7 pr. fr. 16* §. *1 Dig. h. t.*). Se è *Condizionato*, finchè non si verifica la condizione, non è anche un debito.

4° Il Debito opposto deve essere *liquido*, vale a dire tale, che per essere provato ed esatto, non richieda atti di procedura, fuori di proporzione con la domanda alla quale si oppone (*Istit.* §. *30 de act. IV, 6 - cost. 14* §. *1. Cod h. t.*). - *Illiquido* non è un Credito soltanto contestato, altrimenti potrebbe il Debitore al quale viene opposto, renderlo sempre illiquido contestandolo.

§. 562. Non ammettono compensazione

1.° I crediti del Fisco, e certi crediti delle Città e Municipj (*fr. 46* §. *5 Dig. de jure Fisci XLIX, 14 - cost. 3 Cod. h. t.*)

2.° Il credito del Deponente verso il Depositario; vale a dire chi ha l'obbligo di restituire la cosa depositata in sua mano, non può per ritenerla, opporre in compensazione un contro credito (Vedi sopra §. 298. pag. 97).

3° Il credito derivante dall' altrui illegale possesso; cioè chi ha ingiustamente privato altri del possesso di una cosa, non può liberarsi dal suo debito di restituirla, opponendo in compensazione allo spogliato un contro credito (*cost. 14 §. 2 Cod. h. t.*).

§. 563. Il Debitore ha facoltà di opporre in Compensazione soltanto dei Crediti, che gli appartengono (*fr. 16, fr. 18 §. 1 fr. 25 Dig. h. t. - cost. 1 e 9 Cod. eod.*); può per altro opporre eziandìo quelli della persona, cui è succeduto come erede (*fr. 16 Dig. h. t.*), perchè ne continua la personalità giuridica. Il Debitore perseguitato dal Cessionario, ha facoltà di compensare il suo debito con un credito, che avesse contro il Cessionario stesso, o contro il Cedente (*fr. 4 e 5 Dig. h. t.*), ed il fidejussore o mallevadore può opporre in compensazione al credito mallevato pel quale viene escusso, tanto un credito che egli avesse contro l'attore, quanto un credito che contro l' attore medesimo avesse il debitore principale (*fr. 4 e 5. Dig. h. t.*).

§. 564. *Effetto* della Compensazione è l' estinzione dei due debiti, fino a concorrenza del respettivo loro ammontare (*Istit. §. 39 de act. IV, 6 - fr. 11 Dig. h. t. - cost. 5 e 12 Cod. eod.*). Ai tempi di Giustiniano si diceva, che questo avveniva *ipso jure* (*fr. 4, 10, 21 Dig. h. t. - cost. 4 e 14 Cod. h. t. - Ist. §. 30 de act. IV, 6.*). Ma con tali parole non si voleva dire, che la Compensazione avvenisse per disposto di legge, eziandìo alla insaputa dei debitori, e pel solo fatto della coesistenza delle due obbligazioni; imperocchè i Debitori debbono anzi opporre la Compensazione, e finchè non l' oppongono le due obbligazioni sussistono (*Istit. §. 30 de act. IV, 6 - fr. 2, 10, 13, 22 Dig. h. t.*). Ma se la oppongono, essa ha un effetto retroattivo fino al giorno in cui cominciò la coesistenza delle obbligazioni stesse; o da quel giorno si ritiene cessato il corso degli interessi, e liberati i mallevadori (*fr 4, 11, 12 Dig. h. t. - cost. 4, 5, 12 Cod. eod. - fr. 43 Dig. de Solut. XLVI, 3*).

È in questo senso, che nel Diritto Giustinianeo si dice, che la compensazione estingue *ipso jure* le due obbligazioni, senso dunque non rigoroso, ed improprio. Chi paga per errore quello che avrebbe potuto compensare, ha la *condictio indebiti* per ripetere il pagato (*fr.* 10 §. 1 *Dig. h. t*), ma se quel pagamento fu fatto trascurando avvertitamente di opporre la compensazione del proprio credito, è lecito richiedere separatamente il pagamento di questo, con l'azione inerente al medesimo (*fr.* 5 §. 2 *Dig. de imp. in res dot. fact. XXV*, 1 - *fr.* 1 §. 4 *Dig. de contr. tut. act. XXVII*, 4); in una parola l'avere trascurato di opporre in compensazione un credito, non preclude la via ad esigerne il sodisfacimento. Se il Giudice rigettasse la Compensazione di un Credito, non già perchè lo riconoscesse insussistente, ma perchè privo di qualcheduna delle condizioni necessarie a compensarlo, per esempio perchè illiquido, esso potrebbe essere poi fatto valere separatamente; ma se il Giudice lo dichiarasse insussistente, questa cosa giudicata osterebbe a qualsiasi posteriore esperimento del credito medesimo (*fr.* 7 §. 1 *Dig. h t.*).

5.° *Prescrizione.*

§. 565. Il Creditore, il quale non sperimenta le azioni, che gli competono per far valere i suoi diritti, dopo un certo tempo fissato dalla legge, non può esercitarle più in modo efficace, perocchè ad esse possa il reo convenuto opporre la ***Prescrizione estintiva*** delle azioni stesse. Di tal Prescrizione fu altrove da noi data la nozione, ed accennata la istorica origine (Vedi Vol. I. Lib. 2 §. 95 lett. c) pag. 512); quì aggiungeremo quali sono i requisiti della medesima.

§. 566. I requisiti della Prescrizione estintiva delle azioni, sono quattro:

1.° Che l'azione contro la quale si oppone la prescrizione sia nata (*cost.* 1 §. 1 *Cod. de ann. except. VII*, 40); ed invero la prescrizione di una azione, non può cominciare a decorrere, che dal momento in cui l'azione stessa ebbe vita.

2.° che lo spazio di tempo, fissato dalla legge per l'esperimento dell'azione, sia trascorso. Questo tempo ordinariamente

è di 30 o al più di 40 anni continui; per le azioni *pretorie* è di un *anno utile;* ma la prescrizione estintiva non è compiuta finchè l' ultimo giorno non è tutto trascorso: *nisi novissimus dies completus sit* (*fr. 6 Dig. de oblig. et act. XLIV, 7*).

3.° Che la prescrizione non sia stata interrotta (*cost. 3, 4, 7 pr. §. 5 Cod. de præscript. XXX. ann. VII, 39 - cost. 2 Cod. de ann. except. VII, 40*). Sarebbe interrotta, se la persona a cui favore essa decorreva, riconoscesse espressamente o tacitamente il diritto all' altra parte (*cost. 19 Cod. de fide instrum. IV, 21 - cost. 7 §. 5 cost. 8 §. 4 Cod. de præscr. XXX, vel XL. ann. VII, 39 - cost. 5 Cod. de duob. reis VIII, 40.*). Esempio di recognizione tacita, sarebbe il pagamento delle usure di un debito fruttifero (*cost.* 8 §. *4 Cod. de præscript. XXX. vel. XL. ann. VII, 39*). Interrompesi la Prescrizione ancora, intentando l' azione, o facendo una protesta giudiciale in debita forma (*cost. 3 e 7 pr.* §. *5 Cod. de præscr.* XXX, *VII, 39 - cost.* 1 §. *1 cost.* 2, *e 3 Cod. de ann. except. VII, 40*). Se la prescrizione interrotta, comincia a decorrere di nuovo, non si computa il tempo decorso avanti la sua interruzione (*cost. 8* §. 1 *Cod. de prescr. VII, 39*).

§. 567. I pratici esigono qual condizione della Prescrizione estintiva delle azioni, la buona fede della persona che poi se ne vale; ma questa condizione, richiesta dal Diritto Canonico (*cap.* 5 *e 20 Extra de Præscrip. II, 26*), non è richesta dal Diritto Romano. In Diritto Romano la prescrizione estintiva si fonda soltanto sulla trascuranza dell' esercizio di un proprio Diritto, non è dunque, necessaria la buona fede in chi profitta della prescrizione (*cost. 8* §. 1 *Cod. de præscr. VI*I, *39*).

§. 568. Comunemente si asserisce, che *contra non valentem agere non currit præscriptio*. Questa massima vuole essere intesa con discrezione; non si deve già ritenere, che qualunque impossibilità di agire sia ostativa alla Prescrizione, bensì soltanto una di quelle impossibilità dalla legge enumerate; e tali sono le seguenti:

1.° Quella dei pupilli, sebbene abbiano tutore (*cost. 3 7 pr. Cod. de præscr. VII, 39.*).

2.° Quella dei minori, durante la minorità (Vedi Haimberger §. 112, n.° 2. nota 2.).

3.° Quella della Donna maritata, durante il matrimonio, per riguardo ai beni dotali (*cost. 30 Cod. de jure dot. V, 12.*).

4.° Quella del figlio di famiglia, durante la patria potestà, per riguardo al peculio avventizio (*cost. 1 §. 2 de ann. except. VII. 40*).

5°. Quella dei creditori di una eredità, durante il tempo legale necessario per la compilazione dell'inventario; e durante il termine accordato a deliberare (*cost. 22 Cod. de jure delib. VI, 30.*).

6.° Quella dei Creditori della persona, che ha ottenuto un respiro a pagare, durante il respiro medesimo (*cost. 8 in f. Cod. qui bonis ced. VII, 71.*). Cessata l'impossibilità di agire, la Prescrizione sospesa, riprende il suo corso, e si computa nella medesima, il tempo trascorso anteriormente a quella impossibilità.

§. 569 È grave questione fra gli interpreti del Diritto Romano, se la Prescrizione estingua soltanto l'azione, o eziandìo il diritto, e quindi se questo possa almeno farsi valere in via di eccezione, ed essere opposto in compensazione. Oltrepasseremmo i limiti di un Corso Elementare di Diritto Romano, se ci facessimo a trattare siffatta questione, esponendo gli argomenti addotti *hinc inde*, da coloro che la discutono. Ci limiteremo a osservare, che l'opinione più accreditata e maggiormente plausibile si è, che la Prescrizione estingua l'azione soltanto (*Vedi Mackeldey Istit. Parte Generale §. 200. n.° 5.*).

4.° *Restituzione in intiero.*

§. 570. La Restituzione in intiero, (*in integrum restitutio*) è: *il reintegramento di una persona, nella posizione giuridica, che aveva prima di un atto, di cui ha da lagnarsi come contrario alla equità* (*Paolo I, 7 - fr. 1 §. 27 Dig. de quæst. XLVIII, 18 - fr. 27 Dig. de pœnis XLVIII, 19*). Lo straordinario rigore del Diritto Civile, diede origine alle restituzioni in intiero; infatti il Pretore le accordava in quei

casi nei quali sembravagli, che la lettera della Legge riuscisse ingiusta nella sua applicazione, casi nei quali riconosceva, che le eccezioni o le azioni Pretorie sarebbero riuscite insufficienti al bisogno. Concedere *la restitutio in integrum*, fu un potere inerente all' *imperium*, potere di cui per conseguenza gli *judices* non godevano, e che non spettava neppure ai Magistrati Munipali, ma che mutato l' antico ordine dei Giudizj fu attribuito ai Giudici ordinarj (*Cod. ubi et apud quem cognit. int. rest. agitanda sit. II, 47 - fr.* 26 § 1 *Dig. ad municip. L,* 1.). Condizioni per ottenere la restituzione in intiero, sono le seguenti:

1.° Una lesione di qualche importanza, provata senza colpa della persona, che se ne lagna (*fr. 7 pr. Dig. de in integr. rest. IV,* 1. - *fr. 26 27 Dig. ex quib. caus. maj. restit. IV,* 7 - *fr. 11* §. *4,* 5, *fr.* 7 §. 8 *Dig. de minor. IV,* 4 - *fr.* 21 §. *6 Dig. quod metus causa IV,* 2.). Tuttavolta l' Impubere può ottenere la *in integrum restitutio*, sebbene abbia risentito pregiudizio per imprudenza propria (*fr. 44 Dig. de min. IV, 4 - Gajo III,* 16. 3, *IV,* 57.).

2.° Un motivo di restituzione preveduto dal Diritto Pretorio (*fr.* 1 - 3 *Dig. de int. rest. IV,* 1.).

3.° Impossibità di valersi di un altro mezzo giuridico, per ottenere l' intento stesso, ommenochè non si tratti di un minore di 25 anni. In conseguenza non si fa luogo alla restituzione in intiero, contro un atto nullo, eziandìo per diritto civile (*fr.* 16 *pr.* §. 1, 3 *Dig. de min. IV, 4.*).

§. 571. Allorquando queste condizioni concorrono, la *restitutio* può essere chiesta dalla persona lesa, e dai suoi eredi (*fr.* 1, 2, 6 *Dig. de in int. rest. IV,* 1 - *fr.* 18 §. 5 *Dig. de min. IV, 4.*). Può chiederla ancora il Mallevadore, quando non apparisca evidente, che la sua mallevadorìa fu richiesta appunto per garantirsi contro il pericolo della *restitutio* (*fr.* 7 §. 1 *Dig. de except. LXIV,* 1 - *fr.* 51 *pr. Dig. de procurat. III,* 3 - *fr. 4* §. *4 fr.* 13 *pr. Dig. de minor. IV,* 4 - *cost.* 1 *e* 2 *Cod. de fidejus. min. II, 24.*). La *restitutio* si chiede contro la persona, che è causa della lesione, o contro gli eredi di lei (*fr.* 9 *pr. fr.* 14 *Dig. de min. IV,* 4 - *cost.* 10 *Cod, de rescind. vend. IV, 44.*). Per eccezione è accordata qualche volta

contro i terzi nel caso, che essi sieno attuali possessori della cosa in conseguenza dell' atto, contro il quale chiede la *restitutio*, chi la perdè (*Paolo I, 7, 4 - fr. 13 §. 1 Dig. de minor. IV, 4*). Questo si verifica, quando manca qualunque altro mezzo per ottenere la restituzione di un diritto patrimoniale reale, ed allora la *restitutio* si dice *in rem scripta, o in rem.* In qualche caso la *restitutio* è chiesta al Magistrato, senza che la domanda sia diretta contro una persona determinata; a mo' di esempio quando il minore la chiede contro la repudia fatta da lui, ad una eredità tuttora giacente. Non è lecito ai figli, nè ai liberti, chiedere la *restitutio* contro i respettivi loro genitori, e patroni (*cost. 2 Cod. qui et adv. quos in int. rest. II. 24*), divieto fondato sulla reverenza, che quelli debbono a questi.

§. 572. La *restitutio* può conseguirsi, o per mezzo di una azione pretoria intentata per ottenere la liberazione, o mediante una eccezione (*fr. 9. §. 3 Dig. quod metus causa IV, 2 - fr. 9. §. 4. Dig. de jurejurando XII, 2*). - Se è chiesta mediante *azione*, non può di regola essere ottenuta, che nello spazio di 4 anni (*cost. 7. pr. Cod. de temp. in int. rest. II, 53*), che decorrono per i Minori, dal dì che raggiungono la maggiorità, e pei Maggiori dal momento che hanno la possibilità di promuovere l' azione. - Ma la restituzione à cagione *di dolo*, deve essere chiesta dentro il tempo continuo di 2 anni (*cost. 8. Cod. de dolo malo II, 21*). Non vi ha limite di tempo per ottenere la *restitutio*, in linea di eccezione (*fr. 5 §. 6 Dig. de doli mali et. met. except. XLIV, 4 - cost. 5 Cod. de except. s. præscr. VIII, 36*).

§. 573. La restituzione si fonda, o sopra una delle cause determinate dall' Editto che sono, *vis ac metus, dolus, minor œtas, absentia, error, capitis diminutio, alienatio judicii mutandi causa facta,* (*fr. 1, 2 Dig. de in int. rest. IV, 1*), o sulla clausula generale aggiunta all' Editto, relativamente alla restituzione per causa di assenza: *item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam* (*fr. 1. §. 1, in f. Dig. ex quib. causa, major IV. 6 - fr. 26 §. 9. Dig. eod.*). Le costituzioni Imperiali introdussero altri due casi di restituzione.

(*a*) Contro una sentenza definitiva, fondata sopra false testimonianze (*fr. 33 Dig. de re jud. XLII,*).

(*b*) Contro una sentenza favorevole al reo convenuto, ma proferita in seguito del giuramento deferitogli dal giudice, quando l' attore possa produrre titoli nuovi, scoperti dopo il giudizio (*fr. 31. Dig. de jurejurando XII, 2 - fr. 35 Dig. de re jud. XLII, 1 - cost. 4 Cod. eod. VII, 52*).

(*a*) *Vis ac metus*

Chi aveva contratto una obbligazione, coartato dalla violenza o dal timore, finchè non l' aveva eseguita, poteva ricusarsi ad eseguirla con l' *exceptio quod metus causa gestum esset;* eseguitala, poteva ripetere ciò che aveva dato con l' *actio quod metus causa* (*fr. 9. §. 3 Dig. quod metus causa IV, 2.*). Inoltre fondandosi sull' Editto poteva richiedere la *in integrum restitutio.* (Vedi sopra §. 267. pag. 49). È facile intendere, che raramente si doveva far sentire il bisogno di questa *restitutio*, vista la facoltà di intentare l' *actio metus causa*, o di opporre l'*exceptio quod metus causa.* Tuttavolta in qualche emergenza poteva giovare. Giovato avrebbe, esempigrazia, se il Debitore fosse caduto in stato di decozione; allora con la in *integrum restitutio*, lungi dal venire nel concorso dei suoi creditori, si otteneva in intiero la somma pagatagli.

(*b*) *Dolus*

Contro una obbligazione estorta con frode o con inganno, potevasi opporre l' *exceptio doli*, e in caso di bisogno potevasi intentare ancora l' *actio doli* (*Vedi sopra §. 266. lett. a, pag. 47*), ma questa faceva incorrere nell' infamia il reo convenuto che fosse condannato. Volendo evitare tal conseguenza, e d' altronde raggiungere l' intento, era opportuno allora valersi della *restitutio in integrum* (*fr. 7 §. 1 Dig. de in integrum rest. IV. 1*).

(*c*) *Minor ætas*

La protezione accordata dalla *lex Plætoria* ai minori di XXV anni, riuscendo insufficente a salvarli dai pericoli, cui li

esponeva la inesperienza loro, l'Editto del Pretore, negli ultimi tempi della Repubblica, accordò ad essi ancora la *in integrum restitutio* (Vedi Vol. I. Lib. I. §. 18 pag. 172 e §. 262 pag. 397): contro quelli atti, che dall' insieme delle circostanze resultavano loro pregiudicevoli (*fr. 1. §. 1 Dig. de min. XXV ann. IV, 4*). Abbenchè in origine dipendesse dal prudente arbitrio del Pretore l' accordare o negare la *restitutio*, nei casi in cui era chiesta dal Minore, a poco a poco vennero a stabilirsi alcune regole in proposito, che è prezzo dell'opera indicare sebbene brevemente.

(*a*) I Minori possono ottenere la *restitutio*, nonostante che abbiano altri mezzi giuridici per evitare il pregiudizio, al quale con la medesima vogliono sottrarsi (*fr. 16. §. 2 Dig. de min. IV, 4 - cost. 3. Cod si tut. vel curat. II, 25*).

(*b*) I Minori, possono chiedere la *restitutio*, nei quattro anni successivi al giorno in cui uscirono dalla minorità (*cost. 5. § 1. Cod. de in int rest. min. II, 22 cost. 7. Cod. de temp. in int. rest. II, 53*); in un solo caso dopo 7 anni (*cos. ult. Cod. de repud. vel. abstin. hered. VI, 31*).

(*c*) I Minori, cui fu accordata la *restitutio*, debbono rendere soltanto quello di cui si trovano locupletati nel momento della domanda (*fr. 7. §. 8. fr. 7. §. 1. Dig. de min. IV, 4*).

(*d*) Il Minore, che consegue la *restitutio* contro un altro minore, la consegue solamente per quello di cui quest' ultimo si trova locupletato al momento della domanda (*fr. 11 §. 6 fr. 34 Dig. de min. IV, 4*).

(*e*) I Minori ottengono la *restitutio*, unicamente quando sia evidente il danno che risentirono, ed eccessiva la loro imprudenza (*fr. 7 §. 8. fr. 11 §. 3 fr. 24 §. 1 Dig. de min. IV, 4 - fr. 9 §. 4 Dig. de jurejur. XII, 2*).

(*f*) I Minori possono ottenere la *restitutio* contro qualunque contratto loro pregiudicevole, concluso durante la minorità, ancorchè concluso col consenso del Curatore, o con *l' auctoritas* del Tutore, e con l' approvazione del Magistrato (*cost. 2. 3 Cod. si tut. interv. II, 25 - cost 4 Cod. si adv. rem. jud. II, 27 - cost. 11 Cod. de præd, et aliis reb. min. V, 71*). - La *re-*

stitutio in generale, è accordata al minore, contro qualunque maniera di obbligazione, ma non gli viene accordata:

1.° quando si è obbligato, facendosi dolosamente credere maggiore nel momento che contrattò (*cost. 2, 3 Cod. si minor maj. se dix. II, 43*).

2.° quando, essendo pubere, si è obbligato per giuramento (*cost. 1 Cod. si adv. vend. II, 28*).

3.° quando divenuto maggiore, ha approvato o ratificato l'atto, contro il quale poi vorrebbe essere restituito (*Paolo I. 9, 3 - fr. 3 §. 1 Dig. de min. IV, 4 - Cod. Tit. si major factus ratum habuerit. II, 46*).

4.° Quando sebbene minore di XXV anni, avesse ottenuto la *venia ætatis* (*cost. 1 Cod. de his qui ven. æt. II, 45*) - Il Diritto di chiedere la *restitutio in integrum* passa negli Eredi del Minore (*fr. 18. §. 5 Dig. h. t. IV, 4*): in generale spetta ai suoi mallevadori (*fr. 13 pr. Dig. eod. - fr. 7 §. 1 Dig. de except et rest. XLIV, 1.*), ed a coloro che hanno interessi indivisibili da quelli del minore (*arg. fr. 10. pr. Dig. quemad. servit. amitt. VIII, 6 - fr. 72 pr. Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 23 e 24 Dig. de minor. IV, 4.*). - Il benefizio della *restitutio*, che l' Editto accorda ai minori di XXV anni, fu esteso dagli Imperatori alle Città ed ai Comuni (*cost. 3 Cod. de jure reipub. XI, 29 - cost. 1 Cod. de off. ej. qui vicem alic. jud. vel præsid. obt. I, 50 - cost. 4 Cod. quib. ex caus. maj. II, 54*), che possono profittarne durante il quadriennio successivo al dì del provato pregiudizio.

4° *Absentia*

L' assenza è la causa più estesa di *restitutio;* e per assenza la Giurisprudenza intese: qualunque condizione in cui non fosse possibile, per una causa indipendente dalla propria volontà, esercitare un diritto (*fr. 16 Dig. ex quib. caus. maj. IV, 6*). Il significato della voce *assenza*, in questa guisa già abbastanza esteso dalla Giurisprudenza, ebbe un ampliazione anche maggiore dalle parole del Pretore: *et si qua alia mihi justa causa esse videbitur* (*fr. 1 §. 1 Dig. eod.*). L' assenza autorizza ad ottenere la *restitutio* colui, che non potè esercitare il

proprio diritto, perchè assente: ed autorizza ad ottenerla contro colui che non potè essere convenuto in giudizio, perchè assente *(fr. 17 §. 1 fr. 21 - 23, 27, 41, 43 Dig. eod.)*. Lice chiedere la *restitutio* per assenza, non soltanto quando a cagione della assenza medesima fu risentito un pregiudizio, ma eziandìo quando per quella non fu fatto un lucro dall'assente, che avrebbe fatto se presente (*fr. 17 §. 1 fr. 27. 41. 43 Dig. eod.*).

5° *Error.*

L'errore scusabile (*justus error*) secondo il Giureconsulto Paolo, dà diritto ad ottenere la *in integrum restitutio*, in mancanza di altro mezzo giuridico per evitare il pregiudizio, che ne derivò (*fr. 2 Dig. de in int. restit. IV, 1*). Non occorrono nelle nostre fonti indicazioni precise sull' estensione di questa causa di *restitutio;* ordinariamente sembra che fossero gli errori nella Procedura quelli dai quali potevasi venir restituiti. (*Istit. § 33, de act. IV, 6 - fr. 11 §. 10 Dig. de inter in jure XI, 1 - fr. 15. §. 5 Dig. quod. vi aut clam XLIII, 24 etc.*), nonostante troviamo qualche esempio di restituzione, ottenuta per errore indipendente dalla Procedura(*fr. 1 §. 1, 6 Dig. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur XXVII. 6 - fr. 1 §. 17 Dig. de separationibus XLII, 6*).

6° *Capitis diminutio*

Effetto della *capitis diminutio minima*, era l'annullamento di tutte le relazioni giuridiche, già contratte in precedenza dalla persona, che la subiva; laonde l'arrogato, l'adottato, il legittimato, l'emancipato, che era debitore, cessava di esserlo. Ad evitare questo danno, i Creditori ottenevano dal Pretore la *restitutio* contro le conseguenze della *capitis diminutio minima*, cioè ottenevano la restituzione dalle azioni che avevano antecedentemente, come se la *capitis diminutio* non fosse avvenuta. (*Gajo IV, 38 fr. 2 §. pr. §. 1, fr. 7 - 9. Dig. de capite minutis IV, 5*). In Gius Nuovo la *minima capitis diminutio* non producendo più quell'effetto, non è più luogo a chiedere una *restitutio*, fondandosi sulla *capitis diminutio minima*. - La *capitis diminutio media* e la *maxima* non porgevano, neppure in antico, oc-

casione a chiedere la *restitutio*, sicchè il Pretore dava un' azione contro le persone, che erano succedute nei beni di coloro, i quali avevano perduto la cittadinanza o la libertà (*fr.* 2 *pr. fr.* 7 §. *Dig. de cap. min. IV*, 5).

7° *Alienatio judicii mutandi causa facta.*

Così si appella ogni alienazione per atti *inter vivos*, di una cosa intorno alla quale si teme una qualche questione, o la Cessione di un' *azione in rem*, con l' intendimento di nuocere ad un' altra persona, per darle cioè un altro avversario, e così per renderle più difficile o impossibile l' esperimento dei suoi diritti (*fr.* 4 §. 1, 2, 3, *fr.* 8, §. 1, 2, 3, *Dig. de alien. jud. mut. causa facta IV*, 7). - Chi risentì danno dall' alienazione di quella cosa, può esigerne il risarcimento dall' alienante con una *actio in factum* (*fr.* 1, 2, 3, 4, 5, *Dig. eod.*), e chi risentì danno dalla cessione di quell' azione, oppone al Cessionario che la esercita la *exceptio*, che l' alienazione fu operata *judicii mutandi causa* (*fr.* 12, *Dig. eod.*). - Ma può trovare più utile di chiedere la *in integrum restitutio*, come mezzo di un' applicazione più generale, ed il quale non richiede altra prova, se non quella che l' alienazione fu fatta con dolo.

§. 574. Chi vuol giovarsi del benefizio della *restitutio in integrum*, deve impetrarlo dal Magistrato, che lo concede dopo esame delle circostanze del caso, *Causa cognita* (*fr.* 3 *Dig. de in int. rest. IV*, 1 - *Paolo I, 7, 3*). Conceduta che sia, le cose sono restituite nello stato in cui erano prima dell' atto, pel quale provenne il pregiudizio (*fr. 9* §. *2, 4, 7, fr. 21*, §. *5, 6 Dig. quod metus causa fr. 7*, §. *10, 11, 12, fr. 8 Dig. de min.* IV, *4 - fr. 23*, §. *2 Dig. ex quib. caus. maj.* IV, 6). Chi ottenne la restituzione, consegue tutto quanto perdè in conseguenza dell' atto a lui pregiudicevole, e contro il quale fu restituito; e se ottenne che gli fosse resa una cosa, può pretenderne i frutti e le accessioni (*fr. 28* §. *6, Dig. ex quib. caus. maj.* IV, 6). - Ma per altra parte deve rendere tutto quello che può aver guadagnato, per l' atto medesimo (*fr.* 24 §. 4, *fr.* 27, §. 1, *fr.* 39, §. 1, *fr.* 40, *fr.* 50, *Dig. de min. IV*, 4 - *cost. un. Cod. de reput.* 2, 48).

§. 575. Ancora altri modi di estinzione delle Obbligazioni potremmo citare, come la Transazione, il Giuramento, la Sentenza passata in cosa giudicata, la liberazione legata di un Debitore, la ragione illecitamente fattasi *(vindicta privata)*, la verificazione di una condizione, il giungere di un termine apposto alla estinzione di una obbligazione, e l' estinzione dell' obbligazione principale. - Noi omettiamo di trattarne quì, perchè di alcuni abbiamo già discorso, di altri dovremo discorrere altrove.

TITOLO III.
Dei Diritti di Successione Ereditaria.

§. 576. A compiere il Trattato dei *Diritti Patrimoniali*, dopo avere esposto i *Diritti Patrimoniali Reali*, ed i *Diritti Patrimoniali emergenti da un Rapporto Obbligatorio*, rimane a dire dei *Diritti di Successione Ereditaria* (Vedi Vol. I. Introduzione. §. 225, pag. 153. e Lib. 2 §. 21 pag. 432 pr.). (a).

§. 577. La Voce *Successione*, nel suo più generale significato, esprime il subingredere, od il subentrare di una persona nei Diritti tutti, od in un Diritto, di un altra. La Successione, lo avvertimmo reiteratamente (Introduz. §. 227 pag. 154 - Lib. 2 §. 82 lett. c. pag. 499 e 500), può essere Successione *inter vivos*, e successione *mortis causa*, secondo che si succede nei diritti di una persona viva, o di una persona defunta. Allorquando un uomo, dotato di capacità giuridica, viene a morire, tutti i suoi diritti *cessano per lui*, essendo fisicamente impossibile, che seguitino nella sua persona; ma non cessano tutti *con lui*, avvegnachè altre persone sieno chiamate a succedere nel suo patrimonio, nei suoi beni. Siffatta Successione *mortis causa* occorre sotto duplice aspetto, cioè a titolo *universale*, ed a titolo *singolare*; in altri termini: vi ha chi succede in tutti

(a) « Nelle Istituzioni Imperiali la Successione Ereditaria è considerata « come un modo di acquistare il Dominio a titolo Universale *mortis causa*, e « trattata dopo i modi di acquistarlo a titolo singolare *inter vivos*. Noi ne « trattiamo invece in questo luogo, perchè è un diritto patrimoniale, e per- « chè solo dopo avere esposto gli altri diritti che compongono il patrimonio, « si può intendere la Successione nell' universo gius di un defunto.

i beni del defunto, considerati come una università, in tutti i suoi diritti, ed obblighi, nel suo universo *gius* (*in universum jus*): e vi ha chi succede in qualche diritto singolare del defunto. La Successione *mortis causa a titolo universale*, chiamasi *Successione Ereditaria*, (la quale in Gius Nuovo può essere *Diretta* e *Fidecommissaria*); La successione *mortis causa a titolo singolare*, si verifica nei Legati, nei Fidecommessi particolari, nelle Donazioni e Capioni *Mortis causa*.

CAPITOLO I.

Nozione generale della Successione Ereditaria.

§. 578. Il patrimonio di un defunto, considerato nel suo complesso, si chiama *Eredità*, *Hereditas*, *patrimonium defuncti*, *universum jus defuncti*; dicesi ancora *Familia*, ma questo è nome antiquato (Vedi Vol. I. Lib. I. §. 44 pag. 195). L'Eredità di un defunto si compone, non soltanto dei suoi diritti patrimoniali reali, e dei suoi diritti emergenti da un rapporto obbligatorio, ma eziandìo dei suoi debiti (*fr. 3 pr. §. 1 Dig. de bonorum possessionibus XXXVII, 1 - fr. 119, 208 Dig. de verb. signif. L. 16 - fr. 50 pr. Dig. de heredit. petit. V, 3*). Se non chè non fanno parte del patrimonio, e per conseguenza neppure dell' eredità del defunto, i *diritti personali*, sieno essi di *condizione* civile o *di famiglia*: cessano con lui i diritti la cui durata fu espressamente limitata alla sua vita, come le servitù personali; e si estinguono con la vita del delinquente alcune obbligazioni nascenti dal suo delitto. L' Eredità si intende esistere in Diritto, ancorchè non contenga verun corpo: *Hereditas, etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet* (*fr. 50 Dig. de pet. hered. V, 3*), e tanto può essere attiva e perciò lucrosa, quanto passiva, e per conseguenza dannosa (*fr. 78 §. 1 fr. 119 Dig. de verb. signif. L, 16.*). Come un complesso avente unità ideale, viene collocata fra le cose incorporali (*Istit. §. un. de reb incorp. II. 2 - fr. 1 §. 1 de rer. divis. I, 8.*).

§. 579. Il Diritto, che la legge riconosce in un suprestite, di succedere nel patrimonio di un defunto, nella sua Eredità

si chiama diritto di *Successione Ereditaria*, ed ancora *Diritto di Eredità*, tecnicamente *Hereditas*. La voce *Hereditas* è adoperata dunque, in doppio significato, vale a dire stà a indicare, ora l' objetto del Diritto, il patrimonio cioè del defunto (*fr. 3 pr. Dig. de bon. poss. XXXVII*, *1* - *fr. 119*, *fr. 208*, *Dig de verb. signif. L*, *16.*), ed ora il diritto di un suprestite a succedere nel patrimonio di un defunto (*fr. Dig. de verb. signif. L*, *16* - *fr. 62 Dig. de reg. juris L*, *17*); quel primo è il significato *objettivo* di quella voce, questo secondo il *subjettivo.*

§. 580. La persona, cui appartiene il Diritto di Successione Ereditaria, dicesi *Erede*, *Heres*, corruzione dell' altra voce *Herus*, padrone, signore; (a) e siccome l' Erede succede nel patrimonio del defunto, occupando la sua posizione giuridica, si dice anche *Successore*, perocchè *Successione* (*Successio*) per antonomasia esprima la Successione Ereditaria (*fr. 62 Dig. de reg. juris L*, *17* - *fr. 24 Dig. de verb. signif. L*, *16.*).

§. 581. La Successione Ereditaria in generale, presuppone due cose:

a) La morte di una persona.

b) Un patrimonio lasciato dalla persona defunta. Quindi l' assioma: *Viventis hereditas non datur* (*fr. 1 Dig. de hered. vel act. vend. XVIII*, *4* - *fr. 19 Dig. de acq. hered. XXIX*, *2*), e quindi ancora il principio: che i Servi, e nei primi tempi i Figli di Famiglia, non lasciavano eredità, perchè mancanti di patrimonio proprio.

§. 582. L' Erede (*Heres*) o Successore a titolo universale, è quello che succede *in universum jus*, *quod defunctus habuit*, cioè tanto nei diritti e negli utili, quanto negli oneri e negli obblighi (*fr. 37 Dig. de acq. hered. XXIX*, *2.*). L' Erede, ed il suo autore, cioè la persona cui egli succede, si considerano come una sola persona, avvegnachè l' erede (per adoperare le immagini dei Giureconsulti Romani) subentra nella posizione giuridica del suo autore, ne sostiene la personalità (*personam ejus substinet*), la seguita. Può esistere un solo Erede, ed allora dicesi *heres solus*, *heres pro asse*, ma possono contempora-

(a) Per conseguenza *hereditas* significa il dominio, che si trasmette dal defunto in un suprestite.

neamente esistere più Eredi, chiamati tutti alla medesima eredità, che debbono allora dividersi per parti (*partes quotæ*); ed ognuno dei quali per rispetto a quella dicesi *heres ex parte*, e rispetto agli altri *coheres* (*fr 10 § 1 Dig. de hered. petit. V, 3, - fr. 13 §. 5, 6 de hered. instit. XXVIII, 5 - fr. 10 Dig. de acq. hered. XXIX, 2 - fr. 19. Dig. de lib. et posth. XXVIII, 2 - fr. 41 Dig. de reb. cred. XII, 1*). L' Erede è *diretto* (*directus*) se succede immediatamente al defunto, senza che altra persona gli restituisca la Eredità; è invece fedecommessario (*fideicommissarius*), quando la successione in tutto od in parte, gli viene restituita dall' Erede diretto, interposta persona, che sotto questo aspetto viene chiamata *Erede fiduciario* (*Istit. §. 2 e 3 de fideicom. hered. II, 23 - fr. 17 §. 1 Dig. ad S. C. Trebell. XXXVI, 1 - fr. 46 Dig. eod.*).

§. 583. Dall' *Erede* bisogna distinguere il *Successore a titolo singolare*, vale a dire la persona chiamata a raccogliere alcuni beni del defunto, alcuni diritti, ma senza rappresentarlo giuridicamente, senza continuare o sostenere la sua personalità giuridica. Mentre l' Erede ed il defunto, quanto ai beni, si considerano come una persona sola, unità di persona non esiste fra il successore a titolo singolare, ed il defunto. Laonde i debiti del defunto non fanno carico al successore a titolo singolare, e neppure gli fa carico il debito, a garanzia del quale fu ipotecata la cosa lasciatagli in legato. Cotal legatario dovrebbe tollerare l' esercizio del diritto patrimoniale reale di ipoteca, imposto sulla cosa legatagli; lo tollererebbe come un *onus rei*, ma non per questo diverrebbe personalmente obbligato a pagare il debito, che la ipoteca stesse a garantire.

§. 584. Tanto l' Erede, quanto il Successore a titolo singolare, debbono essere capaci di succedere. Diremo in progresso, quali persone manchino di questa capacità.

CAPITOLO II.

Della Delazione e dell' Acquisto dell' Eredità.

§. 585. Nella Successione Ereditaria vogliονsi distinguere due momenti essenziali :

a) La Delazione dell' eredità ,

b) l' Acquisto .

a) Havvi *Delazione* dell' Eredità , ossia l' Eredità è deferita, *delata*, quando per una ragione legittima , remosso qualunque impedimento, è aperto l' adito ad acquistarla . *Delata hereditas dicitur , quam quis . remoto quolibet impedimento, potest adire vel agnoscere* (*Baldo in Leg. potuit. Cod. de jur. delib.*); oppure per servirci delle espressioni del frammento *151 Dig. de verb. signif.* (*L, 16*): *Delata hereditas dicitur, quam quis possit adeundo consequi* .

b) Havvi *acquisto* dell' Eredità , cioè l' eredità è *acquistata*, quando la persona cui è legittimamente deferita, la fa sua (*fr. 54 Dig de acq. hered. XXIX*, 2 - *fr.* 138 *pr. Dig. de reg. jur. L*, *17 - cost. 7 Cod. de jure delib. VI*, 30.). L' Acquisto presuppone la Delazione , e la Delazione presuppone la sopravvivenza di una persona all' altra (*fr. 19 Dig de acq. hered. XXIX*, 2.).

§. 586. La Delazione dell' Eredità si fonda :

1° su di un *Testamento*, e in difetto di questo

2° sul *disposto della Legge* ; onde due ordini di successione:

a) l' ordine *testamentario* (*Successio Testamentaria*),

b) l' ordine *legittimo* (*Successio Legitima* o *ab intestato* (*Istit.* §. *6 per quas pers. cuiq. acq. II*, *9 - fr. 5* §. *2 Dig. pro Socio XVII. 2 - fr. 13 pr. Dig. de acq. vel amitt. hered. XXIX*, *2 - fr 130 Dig. de verb. signif. L*, *16*). L' ordine *Testamentario*, pel quale la Eredità è deferita alla persona che il defunto scelse da se a proprio successore ; e l' ordine *legittimo*, pel quale, nel caso in cui il Testatore non abbia fatto testamento alcuno, o almeno non un testamento valido , la successione è deferita a certe persone, che la legge presume sarebbero state istituite

eredi : se il defunto avesse testato. Dunque prima l'ordine *Testamentario*, poi *in difetto* di questo il *Legittimo* (*Istit. pr. de hered. quæ ab intest. def. III, 1 - fr. 39 Dig. de acquir. vel amitt. hered. XXIX, 2*). Il Diritto Romano non ammette altri fondamenti di delazione dell'Eredità, oltre questi due, il Testamento e la Legge , - esclude che possa esserlo la *Convenzione*, avvegnachè consideri i *patti di futura successione* come odiosi, contrarj ai buoni costumi, e sorgente di pessime conseguenze (*fr. 61 Dig. de verb. oblig. XLV, 1 - fr. 29 Dig. de donat. XXXIX, 5 - fr. 12 §. 2 Dig. de vulg. pup. subst. XXVIII, 6 - cost. 4, Cod. de inut. stip. VIII, 39 - cost. 30 Cod. de pactis II, 3*), specialmente pel pericolo, che alla vita della persona, la quale contrattò sulla propria successione, attenti chi per contratto si fosse assicurato il diritto di succederle. Aggiungasi il riflesso, che permettendo tali patti, largo sarebbe aperto un adito ad eludere le meglio provvide disposizioni legislative, le quali per ragioni di ordine pubblico, dalla successione escludono alcune persone, ed altre chiamano alla medesima; e altresì verrebbe opposto un invincibile ostacolo alla revocabilità delle disposizioni di ultima volontà, revocabilità che la legge sapientemente vuole conservata fino alla morte (*cost. 15 Cod. de pactis II, 3*). Nè è questo una limitazione soverchia della volontà umana, perocchè per mezzo del Testamento, e senza far ricorso alla Convenzione, possa il cittadino disporre dei suoi averi per dopo la propria morte. - Ciò nonostante la Convenzione relativa alla eredità dì una persona terza, diversa dai *contraenti*, è valida, se questa vi *prestò il proprio consenso*, o *morì senza revocarlo*, o *espressamente*, o *tacitamente* (*cost. 15 e 30 Cod. de Pactis II, 3*) (a). Non è neppure impedito di fare una convenzione intorno all' eredità di una terza persona vivente, ma *indeterminata ed incerta*, come fanno i Socj, che nel contrarre una Società universale si obbligano a conferire eziandìo le Eredità, che potranno in progresso acquistare (*fr. 3 §. 1 fr. 73 Dig. pro Socio XVII, 2*). In queste Convenzioni è evidente, che i

(a) Il Codice Napoleone non fa neppure questa eccezione alla regola generale sulla nullità dei Patti relativi alla Successione futura di una persona viva (*art. 1138*).

pericoli ed i danni derivanti dai patti sulla Eredità di una persona viva, non sono escogitabili, e perciò la legge non osta alla validità delle medesime.

§. 587. La Legislazione Romana dichiara incompatibili quanto alla stessa eredità, la successione testamentaria, e la successione legittima, ossia dichiara che non possono coesistere; *Jus nostrum non patitur, eumdem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est.* (*fr. 7 Dig. de reg. juris L, 17*) - Dichiara altresì, che quegli il quale una volta rivestì il carattere di erede, non possa mai perderlo: *semel heres, semper heres* (*fr. 88 Dig. de hered. instit. XXVIII, 5 - fr. 43 §. 3 Dig. de vulg. substit. XXVIII, 6 - fr. 7 §. 10 Dig. de min. IV, 4*). - È lecito nominare un futuro proprietario al patrimonio nostro, per dopo la nostra morte, ma non è lecito limitare la proprietà di costui per riguardo al *tempo* ed all' *estensione*, in guisa cioè che taluno nominato erede per testamento, cominci ad esserlo da un certo tempo (*ex die*), o lo sia fino ad un certo tempo (*ad diem*), od in guisa che l' erede nominato per testamento, lo sia per *una parte* soltanto dell' Eredità, il rimanente della quale sia acquistato dagli eredi legittimi (*Istit. §. 9 de hered. instit. II, 14 - fr. 1 §. 4, fr. 9 §. 13 fr. 10, fr. 19, fr. 34, fr. 88 Dig. eod. XXVII, 5*). Queste regole si compendiano nel celebre assioma : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. - Di questo assioma molte spiegazioni sono state proposte. La più semplice, e per avventura la più plausibile, si è questa: che i Romani considerando l' *Hereditas*, quale un Dominio, la volessero *illimitata* e *perpetua* come il medesimo, e quindi ritenessero dovere abbracciare *tutto il patrimonio* e *per sempre* (a). La re-

(a) Vi ha chi per spiegare quell' assioma osserva, che il Testamento in antico si faceva come una legge, e che essendo una legge privata in deroga alla legge generale dello Stato, non era possibile ammettere, che queste due leggi contradittorie regolassero una medesima eredità. - Ma a ciò può obiettarsi, non essere strano nè nuovo, che una legge posteriore deroghi in qualche parte, ad una legge anteriore. - Nè giova cercare la spiegazione di tale assioma, nelle formalità richieste a fare il testamento *per aes et libram*, osservando che era quello una vendita che il Testatore faceva, a chi voleva istituire erede, di tutta l' eredità nulla escluso nè eccettuato, attalchè cosa

gola: *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, non si applica per Diritto Romano alla Eredità dei Militari (*fr. 6 Dig. de test. milit. XXIX, 1 - fr. 15 § 4 fr. 17 pr. fr. 37 Dig. eod. - cost. 1 e 2 Cod. eod. VI, 21*), e subisce limitazione nella parziale rescissione di un testamento inofficioso (*fr. 15 §. 2 fr. 19 pr. fr. 24 Dig. de inof. testam. V, 2*).

CAPITOLO III.

Hereditas e Bonorum Possessio.

Istit. lib. III. tit. 9 de bonorum possessionibus.
Dig. Lib. XXXVII, tit. I, eod. - Cod. Lib VII, tit. 9 qui admitti ad bonorum possessionem possunt.

§. 588. La *Hereditas* era una istituzione dell' antico Diritto Civile, ma come osservammo altre volte, che a lato ad una istituzione informata dai principj rigorosi del Diritto Civile primitivo, ne sorgeva un' altra animata da principj più liberi e più equi, così eziandìo a fianco dell' Eredità, esclusivamente propria del cittadino Romano, surse un' altra istituzione, analoga per lo scopo e per gli effetti (consistendo essa in una nuova maniera di entrare al godimento dei beni lasciati da un defunto), ma più consentanea all' equità naturale, ed applicabile eziandìo ai Peregrini, perchè di Diritto delle Genti: vogliamo parlare della *Bonorum Possessio*, istituzione che dovè la sua origine ai Pretori, a questa Magistratura che rappresenta l' elemento progressivo

alcuna non rimaneva per gli eredi *ab intestato*. Imperocchè non si sa intendere come i testamenti *per æs et libram*, che non furono i più antichi, e che ben presto andarono in disuso, fossero cagione di un assioma antichissimo, e che è giunto fino ai nostri tempi - Spiegare anche meno plausibilmente l' assioma in questione, è il dire: che fu introdotto perchè i *sacra privata* del testatore, avessero un cultore certo, e non rimanesse indeciso se dovessero gli eredi testamentarj o gli intestati seguitarne la religione - Basti osservare in contrario, che questa difficoltà avrebbe dovuto esistere ancora per più coeredi testamentarj o legittimi. - Su queste, e sopra altre spiegazioni del celebre assioma, vedi Ganz (Dello Svolgimento del Diritto di Successione nella Storia Romana Cap. V).

nella Romana Legislazione, istituzione, che fu con la *Hereditas* nello stesso rapporto, che il Dominio Quiritario col Dominio Bonitario. -

§. 589. Fra le sue attribuzioni dirette all' applicazione della Legge, il Pretore aveva eziandìo quella, in caso di contestazione, di dare all' erede, e di mantenergli il possesso dei beni del defunto. Forse valendosi di questa facoltà, il Pretore si fece a dare cotal Possesso (*bonorum possessio*) ancora a quei congiunti del defunto, che la Legge Civile aveva trascurato di chiamare all' Eredità, per impedire che l' Eredità stessa rimanesse vacante; lo che pel ristretto numero di persone chiamate dalla Legge a succedere, poteva troppo di frequente intervenire. - Questa fu una *bonorum possessio* introdotta *supplendi juris civilis gratia.* In progresso di tempo diede la *bonorum possessio* eziandìo a quei congiunti più stretti del defunto, che il Diritto Civile, contro i precetti dell' equità naturale, aveva escluso dalla Eredità, preferendo loro altre persone unite al defunto per i vincoli civili di agnazione, anzichè per quelli naturali o di sangue, cioè di cognazione. E questa fu una *bonorum possessio ab intestato*, introdotta *juris civilis corrigendi gratia.* Entrato una volta in questa strada, il Pretore riconobbe giusto di concedere la *bonorum possessio* alle persone nominate in testamenti, ai quali mancavano alcuni dei requisiti voluti dalle Leggi Civili, ed ammise per cotal guisa alla *bonorum possessio secundum tabulas* degli Eredi testamentarj, che il Diritto Civile non avrebbe riconosciuto. Finalmente, talvolta diede la *bonorum possessio* a persone, che per testamento erano state ingiustamente escluse dalla Eredità, e questa fu una *bonorum possessio contra tabulas.* L' Erede civile, il vero è proprio *heres*, non aveva bisogno della *bonorum possessio*: per lui non era necessaria, ma riusciva vantaggiosa. Ed in vero per ottenere come erede le cose, che facevano parte del patrimonio lasciato dal defunto, faceva di mestieri dimostrare, che il defunto era proprietario, mentre per ottenerle come *bonorum possessor* bastava provare, che il defunto le aveva possedute; per godere dei vantaggi proprj dell' erede bisognava dimostrare, che si riunivano tutte le condizioni richieste dal Diritto Civile, mentre per conseguire i vantaggi medesimi

come *bonorum possessor*, bastava provare di essere in uno dei casi dal Pretore contemplati nell' Editto, molto più equo nelle sue prescrizioni. Il *bonorum possessor* aveva l' interdetto *quorum bonorum* (*Dig. XLIII, 2 - Cod. VIII, 2 quorum bonorum*) mentre *l' heres* aveva *l' hereditatis petitio*; or bene quello interdetto *adipiscendæ possessionis* aveva su quest' azione il vantaggio di non essere escluso dalla *usucapio pro herede*, di essere esperibile anche contro *qui dolo desiit possidere*: e non fu che tardi, che questi vantaggi furono estesi alla *hereditatis petitio* da un Senatusconsulto emanato sotto Adriano. - Per questi motivi l' Erede trovando utile per se la *bonorum possessio* (*Gajo III, 34*) la chiedeva, ed il Pretore concedendogliela introduceva una *bonorum possessio confirmandi juris civilis gratia* (*Istit. pr. de bon. poss. III, 9*).

§. 590. Per ottenere la *bonorum possessio* faceva di mestieri chiederla (*fr.* 3 §. *5 Dig. de bon poss. XXXI, 1*): non si dava mai *ipso jure*; la domanda che se ne faceva, dicevasi *petitio bonorum possessionis*. Chiesta che fosse, veniva accordata (*agnitio, admissio bonorum possessionis*), dietro una inchiesta (*causæ cognitio*), mediante un decreto speciale: onde il nome, che ebbe di *bonorum possessio decretalis*. Ma a poco a poco si stabilirono in proposito delle regole, e dei principj fissi, ed allora la *bonorum possessio* ebbe un posto nell' Editto in un modo permanente, e si conobbe la *Edictalis bonorum possessio*, la quale poteva essere domandata fondandosi sulla lettera dello Editto medesimo, e si otteneva senza bisogno di un decreto pronunziato *pro tribunali*, bensì *de plano*, e senza bisogno di precedente *causæ cognitio* (*fr. 3* §. *8 Dig. de bon poss. XXXVII. 1 - fr.* 2 §. 1, 2. *Dig. quis ordo XXXVIII*, 15). La *Decretalis bonorum possessio*, che era stata la prima a sorgere, poi fu raramente usata, divenne l' eccezione: mentre la *Edictalis* fu la regola; vale a dire il Pretore l' accordò per Decreto, a persone ed in casi non comtemplati dalle parole dell' Editto, quando trovò giusto e coerente ai suoi principj di farlo (*fr. 30* §. *1 Dig. de acq. vel. amitt. hered. XXIX, 2 - fr. 3* §. *8 Dig. de bon. poss. XXXVII, 1 - fr. 1* §. *7 Dig. de successorio edicto XXXVIII*, 9). La *bonorum possessio* doveva essere chiesta da-

gli ascendenti e discendenti del defunto dentro un *anno utile*, dagli altri dentro i 100 *giorni utili* (*Ulp.* XXVIII, 10, - *Istit.* §. *8 de bon. poss. III, 9 - fr. 1* §, 8, *15, 16 Dig. de suc. ed. XXXVIII, 9 - fr. 7* §. *2 - fr. 10 Dig. de bon. poss. XXXVII 1*). Se chi aveva diritto di chiedere la *bonorum possessio*, lasciava spirare quei termini senza chiederla, o se moriva prima di chiederla, o se la repudiava, dichiarando di non volerla, la perdeva (*fr. 4 Dig. de bon. poss. XXXVII, 1*): quando non fosse stato chiamato a succedere ancora dal Diritto Civile. I termini nei quali doveva essere chiesta la *bonorum possessio*, non decorrevano insieme per tutti coloro che avevano diritto di chiederla, decorrevano invece successivamente per i diversi ordini loro, cosicchè per l' ordine posteriore cominciavano a decorrere soltanto dopo che erano spirati per l' anteriore. Se non che, ove taluno avesse repudiato la *bonorum possessio*, non si aspettava per passare al grado successivo il decorso dei termini, il passaggio si operava subito (*Istit.* §. *9 h. t. III, 9 - fr. 1* §. *6, 8, 10 Dig. de succes. edict. XXXVIII, 9 - Ulp. XXVIII, 11*). Ma chi aveva trascurato di chiedere la *bonorum possessio* nel proprio grado, poteva chiederla nel successivo, purchè dimostrasse che poteva venire anche in questo (*fr. 1,* §. *10, 11. Dig. de succes. ed. XXXVII1, 9*). In antico la *bonorum possessio*, si chiedeva *formalmente* al *Pretore*, ma i figli di Costantino ordinarono, che potesse chiedersi a qualunque Giudice , e con qualunque manifestazione di volontà (*cost. 9 Cod. qui admit. VI, 9 - cost. 7 Cod de cur. fur. V, 70 - Ist.* §. *10 de bon. poss. III. 9*).

§. 591. Secondo l' Editto del Pretore la *bonorum possessio* si deferiva in questo ordine: In *primo luogo* si deferiva la *bonorum possessio contra tabulas* , in secondo luogo *secundum tabulas*; in ultimo luogo *ab intestato* (*fr. 1 Dig. quis ordo in poss, XXXVIII, 15. - Istit.* § *3 e 4 h. t. III, 9*). Quando la prima *delatio* rimaneva senza effetto, veniva ripetuta a favore della classe seguente, *successorium edictum* (*Ulp. XXVIII. 11 - Dig. Lib. XXXVIII, Tit. 9 - Cod. Lib. VI, Tit. 16 de successorio edicto - Istit.* §. *9 h. t. III. 9.*).

§. 592. L' Editto ammetteva alla *bonorum possessio*, tutti coloro che avevano una ragione per succedere, fosse questa un

testamento o la legge: e tanto se il preteso loro diritto di succedere si fondava sulle Leggi Civili, quanto se si fondava sul Diritto Pretorio. Nell' Editto fu perfino promessa la *bonorum possessio* a coloro, i quali per lo avvenire avessero per qualche nuova legge acquistato un diritto di succedere (*Istit.* §. *7 h t. III*, *9 - fr. un. Dig. ut ex legib. XXXVIII*, *14 - fr. 3 Dig. unde legit. XXXVIII*, *7)*. In questo stato di cose avveniva, che si presentassero al Pretore per ottenere, la *bonorum possessio* persone, che fondavano le loro pretensioni sul Diritto Civile, e persone che le fondavano unicamente sull'Editto del Pretore. Sembra che in origine si verificasse oscitanza nel decidere la questione di preferenza fra costoro; ma in seguito prevalse la regola, che quando la *bonorum possessio* era promessa dall' Editto eziandìo agli eredi Civili, si dovesse esaminare qual posto loro assegnava l'Editto stesso, cioè se un posto anteriore, od uno posteriore a quello assegnato a coloro, che potevano invocare soltanto l'Editto del Pretore: e se l' Erede Civile aveva nell' Editto un posto anteriore, a lui dovessero andare i beni del defunto, e chi vantava a proprio favore soltanto l' Editto del Pretore dovesse cedergli. In questo caso in cui l'Erede aveva un posto anteriore, eziandìo nell'Editto Pretorio, supposto che egli avesse trascurato di chiedere la *bonorum possessio*, e che l'avesse ottenuta nel suo silenzio colui che si fondava soltanto sull' Editto, quest' ultimo veniva dietro istanza dell'Erede Civile spogliato dei beni ricevuti, e rimaneva un *bonorum possessor sine re*. Di quì deriva la distinzione accennata da Ulpiano (*Tit. XXVIII*, §. 13 *Reg. Lib. Sing.*), ed esemplificata da Gajo nelle sue Istituzioni (Comm. III, §. 35 a 38), fra *bonorum possessio sine re*, e *bonorum possessio cum re*. *Cum re*, cioè quando il *bonorum possessor*, che vantava a proprio favore soltanto l' Editto del Pretore, riteneva effettivamente i beni. *Sine re*, o nominale, quando un altro, che si fondava oltre che sull' Editto eziandìo sul Diritto Civile, poteva evincergli quel patrimonio del quale aveva avuto la *bonorum possessio*

§. 593. Del resto la *bonorum possessio* ancorchè *cum re*, non attribuiva mai le qualità di *Heres*, e qual modo di acquisto pretorio rispetto, alle cose ereditarie produceva un semplice

in bonis esse. Ma il *bonorum possessor* seguitando a possedere per un anno l' Eredità, finiva per acquistarne il dominio quiritario, mediante *l' usucapio pro herede*: ed il Pretore per quell' anno ricusando ogni azione a coloro, che avrebbero potuto pretendere la Eredità, li poneva nell' impotenza di interrompere siffatta Usucapione. Aggiungasi, che il *bonorum possessor*, essendo trattato dal Pretore come se fosse un erede, *fictitius heres*, (*Gajo III*, 32 - *Ulp*. *XXVIII*, 12. - *Istit*. §. 2 *de bon. poss. III*, 9.), era abilitato ad esercitare i diritti del defunto, se non con azioni *directæ*, almeno con azioni *utiles*, con le quali era alla sua volta convenuto dai creditori del suo autore (*Gajo IV*, 34. - *Ulp*. *XXVIII*, 12.) ; e nel terzo periodo ebbe perfino la *hereditatis petitio possessoria* (*Dig. Lib. V. Tit.* 5 *de possessoria hereditatis possessione*). Dalle quali cose si raccoglie, che se il *bonorum possessor* non poteva far riconoscere e valere la sua posizione giuridica con i mezzi civili dei quali disponeva l' *heres*, mercè la protezione del Pretore, conseguiva un uguale intento. Senza dubbio per molto tempo nel diritto di successione Ereditaria, si distinsero come due sistemi opposti l' *Hereditas* e la *bonorum possessio*, e fu complicato ed artificioso il modo col quale si commettevano: ma pei mutamenti introdotti nei principj dell' *Hereditas*, dettati dallo spirito stesso che aveva informato la *bonorum possessio*, per la efficacia sempre maggiore accordata a quest' ultima, e principalmente per la fusione della Proprietà Quiritaria con la Bonitaria, quei due sistemi si avvicinarono sempre più l' uno all' altro, finchè venne tempo in cui non poterono più considerarsi come in antagonismo fra loro, ed esistè l' *Hereditas* modificata soltanto in qualche parte dalla *bonorum possessio*. La verità di queste asserzioni apparirà in seguito.

PARTE II.

Della Delazione dell' Eredità per Testamento.

§. 594. Due dicemmo essere i fondamenti alla Delazione, di una Eredità: 1.° Il Testamento 2.° La Legge. Noi parleremo prima del Testamento, perchè è soltanto in difetto dell' Ordine Testamentario, che si fa luogo al Legittimo.

CAPITOLO I.

Del Testamento in generale.

§. 595. Anche prima della Legge Decemvirale era lécito al *cittadino*, *sui juris*, e *pubere*, di disporre dei proprj beni con un atto di *ultima volontà*, vale a dire con un atto, che contenesse la disposizione dei beni per dopo la propria morte: disposizione essenzialmente revocabile: *ambulatoria enim, est voluntas defuncti*, *usque ad vitæ supremum exitum* (*fr. 4 Dig. de alim. vel transf. leg. XXXIV, 4*), attalchè acquista efficacia soltanto, quando chi la fece muore senza mutarla. A Roma l' ultima volontà umana si manifestava legalmente, nei primi tempi per *Testamento* soltanto, poi anche per *Codicillo*.

§. 596. Nelle Istituzioni Imperiali non occorre una definizione del Testamento: ivi troviamo soltanto la pretesa etimologìa di questa parola: *testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.* (*Istit. pr. de testam. ordin. II, 10 - Ulp. XX, 1*) attestazione della nostra volontà; - giuoco di parole è questo, forse più che una vera etimologìa di quella voce, almeno secondo l' opinione di coloro, che vogliono farla derivare dal verbo *testor, testaris*, dichiarare avanti testimonj. Ulpiano disse il Testamento: *Mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat.* (*Lib. Reg. Sing. XX. §. 1*) e Modestino invece: *Voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult.* (*fr. 1 Dig. qui testam. facere possunt XXXVIII, 1*). La definizione di Ulpiano è più completa di quella di Modestino, perchè accenna, oltre che alla *legalità*

nell' esterna manifestazione del volere *(justa sententia)* , eziandìo alle *solennità* da osservarsi nel testamento (*in id solemniter facta)* , solennità che nel Codicillo prima non si richiedevano affatto, poi furono richieste in minor numero che nel Testamento. Ma ambedue le riferite definizioni sono difettose e manchevoli di fronte al Gius Nuovo, in cui oltre il Testamento, si conoscono anche i Codicilli; ed in vero non esprimono il vero carattere del Testamento pel quale si distingue dal Codicillo, vale a dire la *Istituzione di un Erede diretto.* Laonde migliore partito è definire il Testamento, coi Moderni espositori del Diritto Romano, come: *Una Legale e Solenne Disposizione di Ultima Volontà, con la quale si istituisce un Erede Diretto. Legale* disposizione di ultima volontà, cioè conforme alla legge (*justa*), e disposizione *Solenne,* perchè addimandansi alla medesima certe solennità o formalità, che vogliono essere osservate da chi fa testamento (*solemniter facta*) : con la quale si istituisce un *erede diretto*: tale istituzione è la caratteristica del Testamento, perchè soltanto per Testamento può esser fatta.

CAPITOLO II.

Condizioni per fare testamento.

Istit. Lib. II, Tit. 12 quibus non est permissum facere testamentum - Dig. Lib. XXVIII, tit. 1 qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. - Cod. Lib. VI. Tit. 22 qui Testamenta facere possint vel non.

§. 597 La capacità al Diritto di Successione Testamentaria, dicesi *Testamentifactio.* Essa comprende:

a) la capacità di testare,

b) la capacità di fare da testimonj in un Testamento,

c) la capacità di essere istituiti eredi o onorati di un legato. Di quì la distinzione, che fanno i Moderni fra *Testamentifactio attiva* e *passiva*; *Attiva,* che consiste nel Diritto di fare un testamento romano (*fr. 4, 18 pr. Dig. qui testam. facere possunt*), *Passiva* che consiste nel Diritto di figurare come erede, le-

gatario, o testimone in un Testamento Romano (*Istit.* §. 4. *de hered. qualit. II*, 19 - *fr.* 19. *Dig. qui testam. fac. poss. XXVIII*, 1.). Taluno può avere la *Testamentifactio* attiva e mancare della passiva, e viceversa: come possono mancare ambedue; a mo' di esempio: la donna celibe negli ultimi stadj del Diritto Romano può far testamento, ma non può essere istituita, nè fare da testimone; il pupillo può essere istituito, ma non può testare nè fare da testimone: il Latino Juniano non può essere istituito nè testare, ma può fare da testimone: gli Apostati non possono figurare in nessun modo in un testamento (*fr.* 3, 4, 16, 20 §. 2 *qui testam. fac. poss. XXVIII*, 1 - *Ulp.* XX, 8)

§. 598. Quattro sono le condizioni, che si addimandano per poter fare Testamento.

1.° La prima condizione era in Diritto Antico la Cittadinanza Romana, o almeno il *commercium mortis causa*. Per conseguenza incapaci ne erano:

a) *i Servi* (*Istit.* §. 4 *de her. qual. II*, 19 *fr.* 16, *fr.* 19 *pr. qui testam. fac. poss. XXVIII*, 1.); nondimeno i *servi publici populi Romani* potevano testare della metà dei loro beni (*Ulp. XX*, 16).

b) *i Peregrini* (*Gajo I*, 25) compresi gli ostaggi, la cui successione ricadeva al Fisco, quando non si fosse loro dato una speciale facoltà di fare un Testamento (*fr.* 11 *Dig. qui test. fac. poss. XXVIII*, 1 - *fr.* 31 *Dig. de jure fisci XLIX*, 14): ed era indifferente se questi Peregrini potessero o no testare, secondo le leggi particolari della loro patria (*Ulp.* XX, 4).

(*c*) Coloro che avevano subito una *maxima o media capitis diminutio* (*fr.* 8, *fr.* 18 §. 1 *Dig. qui testam. fac. poss. XXVIII*, 1).

(*d*) I *Latini Juniani*, sebbene avessero il *commercium*, ed i *Deditizj*. Ai *Latini Juniani* la *lex Junia Norbana* toglieva espressamente la *testamentifactio*; ai *Deditizj* non si riconosceva facoltà di testare, secondo Ulpiano, perchè non essendo cittadini Romani, come tali non potevano far testamento, e non appartenendo ad alcuna città, non si sapeva quali leggi dovessero seguitare per fare un testamento valido (*Ulp. XX.* 14).

(e) Il prigioniero di guerra non poteva testare, perchè aveva perduto libertà e cittadinanza *ex captivitate*; quindi il testamento fatto durante la prigionìa era sempre nullo, anche se il testatore recuperata la Libertà fosse ritornato in patria (*fr.* 8 *Dig. h. t. XXVIII*, 1); ma il testamento fatto prima di divenire prigioniero era valido: perchè se il testatore tornava in patria, *jure postliminii* veniva considerato come se non fosse stato mai servo: e se moriva nella cattività, in forza della *lex Cornelia testamentaria*, si fingeva morto nel momento in cui fu fatto prigioniero (*Istit.* §. 5 *h. t. II*, 12 - *Paolo III*, 4, 8, - *Ulp. XXIII*, 5 - *fr.* 6 §. 12 *Dig. de injusto rupto. test. XXVIII*, 3).

2° La seconda condizione per poter far testamento, fu di essere *paterfamilias* vale a dire *sui juris*, e di avere per conseguenza un patrimonio (*familia*) proprio. Il figlio di famiglia come persona *alieni juris*, e priva di *familia*, non poteva far testamento: *quia*, dice Ulpiano, *filiusfamilias nihil suum habet* (*Ulp Reg. Lib. sing. XX*, 10 - *fr.* 6 *fr.* 19. *Dig qui testam. fac. poss. XXVIII*, 1). Sebbene per l'introduzione dei Peculj, tal ragione di incapacità cessasse pei figli di famiglia, tuttavolta anche in Gius Nuovo rimasero incapaci di testare del loro peculio avventizio, perfino col consenso del Padre (*Istit. pr quib. non est permis. test. II*, 12 - *cost.* 11 *Cod. qui test. fac. poss. VI*, 22 - *cost.* 8 §. 5 *Cod. de bonis quæ lib. VI*, 61). Dei Peculj Castrense e quasi Castrense ebbero facoltà di testare, perchè riguardo a questi furono considerati come padri di famiglia (*Ulp. XX*, 10 - *Gajo III*, 106 - *Istit.* §. *ult. de test. milit. II*, 11 - *fr.* 18 *pr. Dig. de stip. serv. XLV*, 3 - *cost.* 11, 12 *Cod. qui testam. VI*. 22 - *cost.* 37 *pr. Cod. de inoff. testam. III*, 28). In antico le Donne non potevano testare, perchè, non ammesse ai Comizj, ove i testamenti si facevano. In seguito, se *sui juris* poterono testare, ma con *l'auctoritas tutoris* (Vedi Vol. I. Lib. I. §. 249 n° 2 pag. 387), ammenochè non avessero distrutto la loro Agnazione con la *fiduciaria coemtio* (*Gajo I*, 115). Sparita per la Legge *Cornelia* la Tutela, che su di loro avevano gli Agnati, il Pretore obbligò i Tutori a convalidare con la loro presenza i Testamenti delle Donne, e diede la *bonorum possessio secundum tabulas* a quelli eredi, che le Donne aves-

sero istituito, con un testamento fatto senza l' *auctoritas* Tutoria; ma non così se le Donne fossero state sottoposte alla tutela legittima degli *ascendenti* o *dei patroni* (*Gajo II*, 121. 122). Nell' epoca Giustinianea, la Donna è capace di testare alla pari dell' Uomo .

3°. La terza condizione per potere fare testamento, è la capacità naturale a dichiarare la propria volontà . Questa capacità può mancare per *difetto di intelletto o di corpo*.

(*a*) Per difetto di intelletto sono incapaci di testare:

I. gli Impuberi, *quia nullum eorum animi judicium est.* (*Ist* §. 1 *quib. non est. permis. II*, 12) . I maschi, compiuto il 14° anno e le femmine il 12°, sono in Gius Nuovo capaci di testare: e nel computare il tempo necessario per abilitare l' impubere a far testamento, applicasi la regola *dies incœptus pro impleto habetur* (*fr.* 5 *Dig. qui testam fac. poss.* XXVIII, 1 - *cost.* 4 *Cod. eod. VI*, 22). Il testamento fatto nell' impubertà rimane sempre nullo, sebbene chi lo fece, muoja dopo essere divenuto pubere (*Istit.* §. 1 *h. t. II*, 12). L' *auctoritas* del Tutore, non attribuisce validità al Testamento dell' Impubere (*Istit. l. cit. fr.* 19 *Dig. qui testam. fac. poss.* XXVIII, 1) . I puberi possono testare senza bisogno del consenso del Curatore (*fr.* 18 §. 1 *Dig. h.* t. *XXVIII*, 1).

II. I dementi o furiosi, *quia mente carent*. Il loro testamento fatto in un lucido intervallo, o prima dell' alienazione mentale, vale, ma quello fatto nella demenza non si convalida, neppure se il testatore morisse avendo ricuperato la ragione (*Istit.* §. 1 *h. t. II*, 12 - *Ulp. XX*, 12 *e* 13 - *Paolo III*, 4, 1 - *fr.* 5 *e* 19 *Dig. h.* t. *XXVIII*, 1).

III. I Prodighi, cui fu interdetta la amministrazione dei loro beni (*Vedi Vol. I. Lib. I.* §. 259 *pag.* 394), ma il Testamento loro , fatto prima dell' interdizione è valido (*Istit.* §. 2 *h.* t. *II*, 12).

(*b*) Per un difetto di corpo non possono testare:

(I.) I *Sordo - Muti a nativitate*. - In antico i Sordo-Muti erano incapaci di testare, perchè non potevano compiere le formalità, che i testamenti primitivi addimandavano (*Ulp. XX.* 7) , poi poterono testare per iscritto, se ne ottenevano speciale per-

messo dal Principe (*fr. 7. Dig. h. t. XXVIII, 1.*); ma Giustiniano con una sua Costituzione accordò loro la capacità di far testamento, purchè potessero dichiarare la loro volontà, o a voce o in iscritto se solamente Sordi, o in iscritto se solamente Muti, o purchè fossero divenuti Sordo-Muti quando già avevano raggiunto un certo grado di svolgimento nelle loro facoltà intellettuali (*cost. 10 Cod. h. t. VI, 22*).

II.) Il Cieco non poteva far testamento, se non che osservando certe formalità, di cui parleremo in seguito.

4.° La quarta condizione, che si richiede per potere far testamento, è l'assenza di una speciale proibizione legislativa (*fr. 18 §. 1. Dig. h. t. XXVIII, 1*). La Legge a titolo di pena toglieva ad alcune persone la facoltà di testare: questi *lege intestabiles* erano a Roma, i seguenti:

1.° I Perduelli, ed i loro figli (*cost. 5 pr. §. 1 Cod. ad legem jul. Majest. IX, 8.*).

2°. I rei del delitto di libello famoso (*fr. 18 §. 1 Dig. h. t. XXVIII, 1. - fr. 21 pr. Dig. de test. XXII, 5 - fr. 5 §. 9. 10 Dig. de inj. et fam. libell XLVII, 10.*).

3.° Gli Apostati ed alcune specie di Eretici (*cost. 1 Cod. de apostatis I, 7 - Cost. 4 § 5 Cod. de heret. et manich. I, 5*).

4.° I condannati a morte, se con la pena è congiunta la confisca dei loro beni, e la Sentenza è eseguibile (*fr. 8 §. 4, fr. 13 §. 2 Dig. h. t. XXVIII, 1.*).

5°. Quelli che contrassero nozze incestuose, se non istituivano i loro figli legittimi (*cost. 6 Cod. de incest. nupt. V, 5 - Nov. 12 cap. I, 2.*).- È notevole una limitazione, se non introdotta, almeno sanzionata da Antonino Pio sulla capacità di testare; per essa chi è dubbioso sul proprio *status*, è nella condizione dell'incapace (*Ulp. XX, 11 - fr. 14 e 15 Dig. h. t. XXVIII, 1.*). (a).

(a) In Toscana non possono far testamento:

1.° Tutte le persone, che hanno fatto professione religiosa (Vedi §. 12 e 15 della legge del 12 Marzo 1769, e art. 2 legge 15 Novembre 1814).

2.° I pupilli che non hanno compiuto il 14 anno, i figli di famiglia di 18 anni non compiti, i sottoposti per demenza, furore, o prodigalità, quelli che non sono sani di mente nel tempo del testamento (Legge del 15 Novembre 1814 Tit. IV. §. 2). Sebbene la legge non lo dica, è da ritenere che i figli di

CAPITOLO III.

Forma dei Testamenti.

Istit. Lib. II. Tit. 10 De Testamentis ordinandis - Dig. Lib. XXVIII, Tit. 1 Qui testamenta facere possunt et quemadmodum Testamenta fiant. - Cod. Lib. VI, Tit. 23 de Testamentis et quemadmodum Testamenta ordinentur.

§. 599. La forma, ossia le solennità esterne dalla Legge prescritte pei Testamenti, hanno variato a seconda dei tempi. Due erano le più antiche maniere di far testamento: *Calatis Comitiis*, *in Procinctu*.

a) Calatis Comitiis.

Era nei Comizj Curiati, composti dai *Patres*, che il *paterfamilias* aveva facoltà di testare. Due volte all' anno si convocavano a quest' effetto le Curie, ed ivi *teste populo* (allora composto dei soli *Patres*,), il *paterfamilias* dichiarava la sua volontà, che le Curie sanzionavano (*Gajo II*, 101). Il Testamento si faceva come una legge: era una legge; infatti si diceva *condere testamentum*, e *condere legem*: e *legare* significava testare, oltre che *legem dicere* e *legem condere*, come apparisce dalle celebri parole della legge Decemvirale: *Uti paterfamilias legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* Il Testamento era dunque una legge particolare, con la quale si derogava alla legge comune; altrove fu spiegato il bisogno di questa legge speciale (Vedi Vol. 1 Lib. I. §. 45 pag 197 - Lib. 2 §. 13 pag. 420 e 421.).

b) In Procinctu.

Al cittadino chiamato a combattere nelle file dell' esercito lungi da Roma, era impossibile testare *calatis comitiis*, ed il

famiglia compiuti i 14, anni possano testare dei loro peculj castrensi e quasi castrensi.

3.° I Ciechi, e quelli che non sanno leggere, non possono fare il Testamento Solenne: possono farlo i Sordo-Muti divenuti tali dopo i 12 anni, che sappiano scrivere quando scrivano, datino, e firmino il testamento di proprio pugno (Legge 15 Novembre 1814. Tit. V. art. 15).

bisogno di fare un testamento in lui, che ogni giorno si esponeva alla morte, si faceva sentire più stringente. Per satisfare a siffatto bisogno fu riconosciuto, che pel milite Romano l'esercito schierato in ordinanza, armato, e parato a combattere (*in procinctu*) equivalesse ai Comizj Convocati; nè era questa una finzione, avvegnachè in realtà l'esercito fosse reclutato per Curie e Centurie (*Gajo II*, 102.). Questo testamento fatto dinanzi all' esercito in procinto di combattere (*in procinctu*), fu detto per corruzione di vocabolo *Procinctum* (*Istit. pr. h. t. II*, 10).

§. 600. Il Testamento *Calatis Comitiis* aveva il grave inconveniente di non essere fattibile, se non che due volte all'anno, ed il Testamento *in Procinctu* era proprio dei soli militari; laonde ambedue queste forme non sopperivano al bisogno; si ricorse allora alla forma della *Mancipatio*, e fu introdotto un Testamento.

c) *Per æs et libram.*

Il Testatore riuniva 5 cittadini Romani, puberi, un libripende, l'*antestatus*, e la persona che voleva istituire erede (*Ulp. XX*, 2.). A questa ultima mancipava il suo patrimonio (*familia*), ed essa ne pagava un prezzo fittizio, toccando al solito con verga di metallo la bilancia. Gajo riferisce la formula sacramentale, che si proferiva in questa circostanza dall' *emptor familiæ*. « Familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custo« delamque meam (*recipio eaque*) quo tu jure testamentum « facere possis secundum legem publicam, hoc aere, *et ut qui-* « *dem adjiciunt*, æneaque libra esto mihi empta (*Gajo II*, 104). Questo compratore (*emptor familiæ*) otteneva il luogo di un Erede (*heredis locum obtinebat*); e come ad un Erede il Testatore commettevagli le sue ultime volontà (*et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet*). Per cotale *Mancipatio* si trasferiva nello *emptor familiæ*, il dominio ma non il possesso della *familia*; il possesso il Testatore lo riteneva, e se lo assicurava con una clausula di *fiducia*, che si inseriva nelle formule della *Mancipatio*. Il Testamento per *æs et libram* probabilmente fu in origine impiegato in sussidio, cioè

pei casi urgenti nei quali non poteva aspettarsi la Convocazione dei Comizj; poi fu assolutamente surrogato a quello *Calatis Comitiis*, che andò in dissuetudine: ignorasi come prima dell' introduzione di questa forma di testare per *æs et libram*, i Plebei facessero i loro Testamenti, perocchè non avendo accesso ai Comizj Curiati, *calatis comitiis* non dovevano poter testare; probabilmente avranno testato nei Comizj Tributi se pagani, e se militari *in Procinctu*.

§. 601. Nel testamento per *æs et libram* occorrevano il grave difetto della irrevocabilità di tutte le disposizioni prese col medesimo, ed il pericolo che l' erede conosciuto affrettasse col delitto la morte del Testatore (Vedi Teofilo paraf. h. t). A ripararvi, la *mancipatio* fu ridotta ad una formalita, ad un simbolo; si seguitò egli è vero ad eseguirla, ma ad essa si aggiunse un altro elemento, la nuncupazione del testamento (*testamenti nuncupatio*), che divenne la parte in realtà importante di tutto l' atto. Il Testatore adunque, dopo la *Mancipatio* tenendo fra le mani delle tavole testamentarie, dichiarava che in quelle stavano scritte le sue ultime volontà, le leggeva, ed invocava la testimonianza delle persone, che aveva convocato per assistere alla *mancipatio*: *hæc ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt; ita do, ita lego, ita testor; itaque vos, Qurites, testimonium mihi prohibetote* (*Gajo II*, §. *104* - *Ulp. XX, 9*). - *Nuncupatio* fu detta questa seconda parte della cerimonia solenne, poichè *nuncupare* significa parlare.

§. 602. Ad un' epoca incerta, che Schrader pensa essere stata verso il finire della Repubblica, fu ammessa la possibilità di testare *verbalmente* soltanto; la *nuda nuncupatio* alla presenza di 7 testimonj, bastò dunque al Testamento: fu sufficiente forma di testare (*Istit.* §. *14 h. t. II, 10*).

§. 603. Tutte le forme fin quì descritte, erano proprie del Diritto Civile, ed avevano per iscopo la istituzione di un vero, e proprio *heres*; ma il Pretore accordò efficacia ad un' altra specie di testamento. Egli diede la *bonorum possessio secundum tabulas*, a chi era stato istituito erede in un testamento redatto alla presenza di *sette* testimonj, ed in calce al quale ognuno di essi avesse apposto il proprio sigillo (*signum*). Ogni

Testimone doveva apporre a lato al proprio sigillo, anche il proprio nome (*adscriptio*); senza il nome (*adscriptio*), il solo sigillo (*signum*) non valeva (*Istit.* §. *2 h. t. II*, 10 - *Gajo II*, 147. *Ulp. XXVIII, 6 - XXIII, 6 - fr. 22* §. *4 fr. 30 Dig. h. t. XXVIII, 1*).

§. 604. Finalmente la Consuetudine e le Costituzioni Imperiali, favoreggiando la fusione fra il Diritto Civile ed il Diritto Pretorio, fu stabilito che il testamento dovesse essere scritto, o almeno firmato dal Testatore, con l' assistenza di sette Testimonj, i quali sottoscrivessero *internamente* l' atto, e lo sigillassero: e tutto ciò nello stesso contesto di azione. La *presenza dei testimonj* e l' *unità di contesto*, erano formalità derivanti dall' antico Diritto Civile, giacchè nei Comizj convocati (*calati*) si richiedeva quella contestualità, ed i Testimonj che poi li rappresentarono, erano necessarj nel *testamentum per æs et libram.* La sottoscrizione del Testatore e la sottoscrizione interna dei Testimonj (la quale non vuolsi confondere con l' *adscriptio* del Testamento Pretorio) furono formalità richieste dalle Costituzioni Imperiali; l' *apposizione dei sigilli* ed il *numero di sette testimonj*, furono formalità derivate dal Diritto Pretorio (*Istit.* §. *3. h. t.*). Da tre fonti diverse dunque, attinse questo Testamento le sue formalità, il Diritto Civile, il Diritto Pretorio, le Costituzioni dei Principi: onde il nome di *Tripartito*, *Tripertitum*, che i Commentatori gli diedero. Tal forma di Testamento ebbe vigore sotto il regno di Teodosio II. in Oriente, e di Valentiniano III. in Occidente (*Nov. Theodos. II. Lib. 1 tit. 16 - Nov. Valent. III. Lib. 2 tit. 26*).

§. 605. Valentiniano III. in Occidente stabilì, che nel Testamento *holographum*, scritto cioè tutto di propria mano dal Testatore, non fossero necessarj Testimonj (*Nov. Valentin. III, Lib. 2 tit. 21 n*°. *2* §. *1*), ma in Oriente non fu ammesso questo ordinamento.

§. 606. La combinazione dei principj del Diritto Civile, Pretorio, ed Imperiale, diede origine ad altra forma di testare, che andiamo ad esporre, e che sono le sole in uso nell' ultimo stadio del Diritto Romano. - Queste si riconnettono con le anteriori, e perfino con le più antiche; ed in vero alcune riposano

sull' autorità del capo dello Stato o dei suoi Magistrati, altre sulla fede della quale sono meritevoli, Testimonj. - In Gius Nuovo dunque i Testamenti si distinguono: 1° In Pubblici (*Testamenta Publica*) e 2° in Privati (*Testamenta Privata*).

1°. Testamenti Pubblici.

§. 607. Il Testamento pubblico, può essere fatto in due modi:

(*a*) rimettendolo al Principe, accompagnandolo con supplica che lo custodisca, ***Testamentum principi oblatum*** (*cost. 19. Cod. de testam. VI, 23*).

(*b*) facendolo oralmente dinanzi al competente Magistrato, che ne redigeva un protocollo, depositato negli archivj (*apud acta conditum*).

2°. Testamenti Privati

§. 608. I Testamenti Privati, i quali possono essere fatti tanto oralmente (*per nuncupationem*), quanto per iscritto (*per scripturam*) esigono parecchie formalità, diverse per altro secondo che si tratta o di Testamenti, che hanno forma ordinaria, o di Testamenti aventi forma Straordinaria o Privilegiata.

(A) *Forma Ordinaria*

§. 609. In questa forma i Testamenti possono essere: 1° *Nuncupativi*, 2° *Scritti*. - Ma sieno in un modo o nell' altro, esigono sempre il concorso delle seguenti condizioni:

I.) la presenza di sette testimonj (*cost. 21 Cod. de testam. VI, 25 - Istit. §. 3 h. t. II, 10 - fr. 27 Dig. eod· XXVIII, 1.*) i quali debbono essere stati ricercati all' uopo (*specialiter rogati*), oppure se si trovano casualmente riuniti presso il testatore, debbono essere stati avvertiti, che hanno da servire quali testimonj al Testamento (*fr. 21 §. 2 Dig. qui test. fac. poss. XXVIII, 1*); inoltre debbono essere intervenuti liberamente (*fr. 20 §. 10 Dig. eod.*), e debbono vedere il testatore, affinchè possano essere certi, che la voce da essi udita è la sua (*cost. 9 Cod. de testam. VI, 23.*). In tali Testimonj si richiede ca-

pacità ad esercitare quell' ufficio nel momento in cui il Testamento viene fatto (*fr. 22 §. 1 Dig. qui test. fac. poss. XXVIII, 1 - cost. 1 Cod. de testam. VI, 23 - Istit. §. 7 h. t. II, 10*). Sono inidonei a fare da Testimonj: *assolutamente*

1.° Le persone prive di volontà razionale, come gli infanti, i furiosi, giacchè non potendo intendere, non possono poi attestare (*Istit. §. 6. h. t. II, 10.*).

2.° Gli impuberi, perchè non hanno facoltà di intervenire negli atti pubblici e solenni (*Istit. l. cit. - fr. 19 Dig. h. t. XXVIII, 1.*).

3.° Le Donne, perchè un tempo non potevano intervenire nei Comizj (*fr. 20 Dig. eod.*).

4.° I Sordi, i Muti, perchè non potevano udire le formule, che in antico si richiedevano al Testamento, nè riferirle (*fr. 16 pr. Dig. eod. Istit. § 6 eod.*).

5.° Il Prodigo, perchè non avendo il *commercium*, non poteva per conseguenza concorrere alla *Mancipatio*, una volta necessaria al testamento (*fr. 18 Dig. eod.*).

6.° Il Servo ed il Peregrino, perchè privi, il primo della libertà, e quindi della cittadinanza, il secondo di quest' ultima. Tuttavolta secondo i Rescritti di Adriano e di Settimio Severo, il testamento rimane valido, sebbene si riconoscesse che uno dei testimonj convocati, da tutti creduto libero, era servo (*Istit. §. 7 h. t. - cost. 1 Cod. eod.*).

7.° I *Lege intestabiles*, perchè la legge li riconosceva indegni di fede, e non voleva che figurassero in modo alcuno in un testamento (*fr. 26 Dig. h. t.*).

8 I Ciechi, non potendo vedere il testatore (*cost. 9 Cod. de testam. VI, 23*). Oltre queste persone incapaci assolutamente a fare da testimonj, ve ne sono altre relativamente incapaci. La regola generale in proposito si è, che il Testamento intervenendo fra il Testatore e l' Erede (*inter testatorem et heredem agi*), nè essi, nè alcun membro della loro *famiglia civile*, può fare da testimone (*Istit. §. 8, 10, h. t. - fr. 20 §. 1 - 3 Dig. eod. - cost. 22 Cod. de testam. VI, 23*). Non importa poi che due Testimonj sieno della stessa famiglia civile, p. e. che sieno fratelli, o padre e figlio, purchè non sieno della famiglia

civile del testatore o dello erede, vale a dire non sieno congiunti ad essi per patria potestà (*fr. 22 Dig. eod.*). Incapaci di far da testimonj, non sono quelli che ricevono nel Testamento un legato (*Istit. §. 11 h. t. - cost. 16 §. 1, cost. 22 Cod. de testam. VI, 23.*).

II.) Seconda condizione alla validità di un Testamento privato di forma ordinaria, sia questo nuncupativo o scritto, è l' *Unità* di *contesto*. Con queste parole si vuole significare, che tutti i testimonj debbono essere presenti contemporaneamente a tutto l' atto, e che questo deve essere cominciato e compiuto senza divergenza ad atti estranei (*fr. 20 §. 8 fr. 21 §. 3 Dig. h. t. XXVIII, 1 - cost. 21 e 28 Cod. eod. VI, 23.*). Una interruzione necessaria, come per prendere un farmaco, o del cibo indispensabile, non distruggerebbe l' unità del contesto (*cost. 28 pr. Cod. eod. VI, 23.*).

§. 610. Sono poi speciali Requisiti del

Testamento Scritto.

1.° *La Scrittura.* Il Testatore può scrivere il Testamento tutto di proprio pugno, ed allora questo dicesi olografo (*testamentum holographum*); può farlo ancora scrivere da un altro e dicesi allografo (*testamentum allographum*). Se lo scrive tutto di proprio pugno, non è necessario che lo firmi, purchè nel corpo del Testamento abbia dichiarato che lo scrisse tutto da se (*cost. 28 §. 1 Cod. h. t. VI, 23.*). Ma ove ometta questa dichiarazione, come pure ove lo faccia scrivere da un altro, è necessario che il Testatore lo firmi in presenza di Testimonj, dichiarando, che ciò che firma è il suo Testamento (*cost. 21 Cod. eod. VI, 23*). Qualora non sappia, o per un impedimento qualunque, non possa scrivere, la presenza di un ottavo testimone sottoscrittore (*octavus subscriptor*), è indispensabile Questi firma il Testamento a nome del Testatore, dichiarando in iscritto di firmarlo per esso lui, dietro suo comando (*cost. 28 §. 1 Cod. h. t. VI, 23.*). Giustiniano aveva ordinato, che il nome dell' Erede dovesse essere scritto dalla mano stessa del Testatore, o di uno dei Testimonj (*Istit. §. 4 h. t. II, 10 - cost. 29 Cod. de testam. VI, 29.*); ma poi abolì egli medesimo tale

prescrizione (*Nov.* 119. *cap.* 9.), per diminuire le cause nullità nei Testamenti.

2.° *La sottoscrizione autografa* dei Testimonj, è pure necessaria, e deve contenere ancora la menzione del nome dell persona il cui Testamento sottoscrivono (*fr.* 30 *Dig. h.* XXVIII, 1).

3.° *Il Sigillamento.* Ogni Testimone deve apporre un sigillo, ma lice a ciascheduno sigillare col proprio sigillo, o con l'altrui, o con quello del Testatore (*Istit.* §. 5 *h. t. fr.* 22 §. 2 *Dig. eod.*). Nè importa che sia un vero e proprio sigillo, quello che adoperano: basta che sia un qualche istrumento sul quale sia impresso uno stemma, o qualche altro segno riconoscibile (*fr.* 22 §. 5 *Dig. h. t.*).

§. 611. Questo Testamento può subire una piccola modificazione. Il Testatore cioè, che vuole tenere segreto il suo Testamento, può presentarlo chiuso ai Testimonj, ma deve dichiarare alla loro presenza, che il Testamento contenuto nell' involto che loro presenta è il suo, e dichiarare se è scritto da lui o da altra persona, chiuderlo ed apporre la propria firma sull' involto. Se non sa o non può scrivere, un ottavo testimone firma per lui dichiarando di firmare pel Testatore, e per qual ragione firma per lui. Poi i Testimonj appongono la loro firma sotto quella del Testatore, ed il loro sigillo sull' involto (*cost.* 21 *Cod. h. t.* VI, 23). Il Testamento in tal caso dicesi comunemente *Solenne*, ma meglio chiamerebbesi *Mistico*.

§. 612. In Gius Antico il Testamento Civile doveva essere fatto in lingua latina, perchè quella propria del cittadino Romano, ma in seguito per opera del Pretore qualunque lingua fu ammessa, tanto che in Gius Nuovo è indifferente che i Testimonj conoscano o no la lingua in cui è scritto (*fr.* 20 §. 9 *Dig. h. t.*) basta che sappiano in genere, essere un Testamento quello che sottoscrivono e sigillano, comunque ne ignorino le singole disposizioni (*cost.* 15 *e* 21 *pr. Cod. eod*). Ma il testamento scritto in cifre, o con abbreviature non varrebbe (*fr.* 6 §. 2 *Dig. de bon. poss.* XXXVII, 1.). In Gius Nuovo non conclude la materia sulla quale è scritto, sia questa pergamena, carta, tavolette (*Istit.* §. 12 *h. t. fr.* 1 *Dig. de bon. poss. sec. tab.* XXXVII.

11,), mentre in antico le tavole incerate erano indispensabili: onde il nome anche oggi adoperato, di Tavole Testamentarie per indicare il Testamento. Ad evitare la confusione dei caratteri, era inibito scrivere il testamento sopra una pergamena già scritta, ma poi lavata e raschiata, o sopra una carta trasparente (*fr.* (*fr. 4 Dig. de bon. poss. sec. tab.* XXX*VII*, 11.).

§. 613. Speciali Requisiti del Testamento Nuncupativo sono:

1.º La *Nuncupatio*. Il testatore deve fare a voce chiara ed intelligibile il suo Testamento.

2.º I sette testimonj convocati debbono, non soltanto vedere il testatore, ma ancora *udirlo*, ed *intendere* la lingua che parla (*Istit* §. *11. h t. - fr. 21 pr. fr. 5 Dig. eod. cost.* 21 §. 2 *Cod. eod.*). Perciò in questo testamento non può essere testimone chi ignora la lingua parlata dal Testatore, o chi è sordo.

§. 614. Il Testamento Nuncupativo può essere da un Tabellario redatto in iscritto, sia subito, sia dopo, con lo scopo di procurare con la scrittura un mezzo probatorio. Allora il Testamento chiamasi *Nuncupativum in scripturam redactum*, ma non perde perciò il carattere di Nuncupativo. In mancanza di questa scrittura, l'esistenza ed il contenuto del Testamento possono essere provati mediante testimonj.

§. 615. A prevenire le frodi, che potevano essere commesse dalla persona, cui il Testatore commetteva di scrivere il suo Testamento, il *Senatusconsulto Liboniano* dichiarò la nullità di qualunque disposizione, per la quale chi scriveva il Testamento avesse dovuto conseguire una utilità diretta o indiretta (*fr 11. fr.* 15 §. *1 fr.* 22 §. 2 *Dig. de lege Cornelia de Falsis et de Senatusconsulto Liboniano XLVIII*, 10.). In seguito fu dichiarato punibile criminalmente, chi scrivendo un testamento per un altro, vi avesse scritto a proprio favore un legato od un altra liberalità qualunque, (*fr.* 1 *Dig. de his quæ pro non scriptis* XXX*IV*, *8 - cost. 3 e 5 Cod. de his qui sibi adscribunt in testamento* IX, 23), ammenochè lo scrivente non fosse l'unico erede del Testatore, o il Testatore non confermasse tal disposizione, la quale per un estraneo abbisogna di conferma speciale (*cost.* 1, 2 *Cod. eod. - fr. 1* § *8 Dig. de lege Corn. XLVIII*, 10).

(B) *Forma Straordinaria*

§. 616. In Forma straordinaria sono fatti que' Testamenti, che esigono un *maggiore* od un *minore* numero di formalità dei Testamenti redatti in forma ordinaria. - *Maggior* numero di formalità esige il Testamento del Cieco e del Sordo-Muto. - Minore numero, il ***Testamentum Militis***, il ***Testamentum ruri conditum***, il ***Testamentum tempore pestis conditum***, e il ***Testamentum parentum inter liberos.***

Testamento del Cieco e del Sordo-Muto.

§. 617. (*a*) Se il Cieco vuol fare un Testamento Nuncupativo, un Tabellario redige sotto sua dettatura le sue disposizioni di ultima volontà, in presenza di sette testimonj, le legge al Testatore, poi insieme coi testimonj, firma e sigilla. - Ma se il Testatore fece scrivere il suo testamento, il Tabellario lo legge ad alta voce in presenza dei testimonj, lo firma e lo sigilla insieme coi testimonj (*cost. 8 Cod. qui test. fac. poss. VI, 22 - Paolo III, L, 4 - Nov. Leon. 69*) (a). In mancanza di Tabellario un ottavo testimone lo supplisce.

(*b*) Il Sordo-Muto, che tale non è *nativitate* può, testare in iscritto, ma il Testamento deve essere scritto tutto di suo pugno (*cost. 10 Cod. qui testam. fac. poss. VI, 2*). I solamente Sordi possono testare per iscritto ed a voce, i solamente Muti per iscritto (*cit. cost. 10*).

Testamentum Militis

Istit. Lib. II, Tit. 11 de Militari testamento - Dig. Lib. XXIX, Tit. 1 de testamento militis - Cod. Lib. VI, Tit. 21 de testamento militis.

§. 618. Giulio Cesare introdusse, Tito e Domiziano, confermarono, Nerva e poi Trajano eressero in regola un modo di te-

(a) Questo *Tabellario* era uno scrivano pubblico, non un Notaro; avvegnachè i Romani non avessero un ufficiale rivestito di giurisdizione volontaria, avente fede pubblica, e capace di imprimere autenticità agli atti, come è il Notaro presso di noi.

stare pe' militari, esente da qualunque formalità, il quale fece andare in disuso l'antico Testamento *in Procinctu* (*fr. 1. fr. 24 Dig. de testam. milit. XXIX*, *1 - Ist. prin quib. non est permis. fac. testam. II, 12*). Non ha da considerarsi tal nuovo modo di testare come una derivazione di quello più antico, avvegnachè questo sia un testamento Straordinario o privilegiato, introdotto quando l'elemento militare acquistò supremazìa nel Governo: quello fosse un Testamento ordinario. In Gius Nuovo basta che il Militare abbia dichiarato la sua volontà, perchè il Testamento sia valido. L'abbia pure scritta in un luogo qualunque col suo sangue, o vergata sull'arena, o l'abbia pria di morire espressa ai suoi commilitoni, quando quella dichiarazione di volontà può essere constatata, ha effioacia (*Gajo II, 109 - Ulp.* XXIII, *10 - Istit. pr. de test. mil. II, 11 - fr. 15.* §. *1 fr. 94 fr. 55, fr. 40 pr. Dig. eod - cost, 15. Cod. eod.*). Ma se il Militare manifestò la sua ultima volontà ai proprj commilitoni, è necessario escludere, che quella sua dichiarazione fosse fatta per ischerzo, ed invece concludere che fu fatta seriamente, e con animo deliberato (*Istit.* §. *1 h. t. II, 11 - fr. 24 Dig. eod.* XXIX, *1*). In Gius Nuovo il Militare ha facoltà di fare il Testamento privilegiato in discorso, soltanto quando è in *expeditione* (*cost. 17 Cod. h. t.*), comunque in antico si credesse, che l'avesse fin dal momento che era iscritto nei ruoli Militari (*fr. 42, Dig. eod*). Ragionevole è la novissima disposizione, perocchè sia soltanto l'imminenza del pericolo, che valga a dispensare i Militi dall'osservanza delle ordinarie solennità testamentarie (*fr. un. pr. Dig. de bon. poss. ex testam. milit.* XXXVII, *13*). Il privilegio di testare militarmente, compete finchè dura il pericolo, ancora a coloro che senza essere militari, corrono i rischi della guerra, come i Presidi delle provincie, ed i loro Legati che si trovassero negli accampamenti (*fr. 44. Dig. h. t. - fr. un. Dig. de bon. poss. ex test. milit.* XXXVII, 3), e per uguaglianza di ragione ai Chirurghi, ai Giudici, ai vivandieri, e simili. Militari essendo i marinari, i rematori (*navarchi, trierarchi*) delle flotte (*fr. un.* §. *1 Dig. de bon. poss. ex test. milit.* XXXVII. 13) possono testare militarmente. Il testamento fatto militarmente dal milite, vale per tutto l'anno successivo al suo ono-

revole congedo (*Istit.* §. *3 h. t. II*, *11* - *fr.* *21*, *fr.* *42* *Dig eod.* *XXIX*, *1* - *cost.* *13* *Cod. eod.* *VI*, *21*), anche nel caso in cui il testatore militare avesse imposta una condizione all' erede, che si verificherà dopo l' anno (*fr.* *25* *fr.* *38* *Dig eod.*); mentre il Testamento fatto militarmente dalle persone non militanti, ma che accompagnano l' esercito, cessa dall' avere validità, cessato il pericolo (*fr. 44 Dig. de testam. milit.* XXIX, *1* - *fr. un. Dig. de bon. poss. ex testam. milit.* XXXVIII. *13*). La *minima capitis diminutio* che il milite subisse, non irrita il suo testamento militare (*Istit.* §. 5. *h. t.* - *fr.* *22*. *fr.* *23* *Dig. eod.*), ma il congedo per causa ignominiosa, toglierebbe efficacia al testamento medesimo (*fr. 26 Dig. h. t.* - *fr.* *2* *Dig. de his qui not. inf. III*, *2*). Il militare ha facoltà di confermare militarmente un testamento fatto prima di entrare in campagna, che per mancanza di forme sarebbe invalido (*Istit.* §. *4 h. t.* - *fr.* *9* §. *1* *fr.* *15* §. *2* *fr.* *23* *Dig. eod*), e militarmente può revocarne uno fatto in antecedenza con ogni regolarità (*fr.* *20* §. *1* *fr.* *25* *Dig. Cod.*). Il Testamento militare può essere fatto eziandìo, dal milite, che è divenuto Sordo-Muto, ed il quale a cagione di questa infermità, è per essere licenziato (*Istit. h. t.* §. *2* - *fr. 4 Dig. eod.*). Il figlio di famiglia, che ha un peculio castrense, ha diritto di testare militarmente del medesimo, soltanto quando militando corre i pericoli della guerra; in circostanze ordinarie deve testare con le forme consuete (*cost. ult. Cod. de inoff. testamen. III*, *28* - *Istit. pr. h. t.*).

§. 619. Il Militare gode per la Legislazione Romana di molti privilegj, non soltanto circa alla *forma esteriore* del Testamento, ma eziandìo per riguardo al *contenuto*; questi verranno da noi esposti in seguito, limitandoci per ora a dire, che non havvi pressochè una regola del Diritto Civile, obbligatoria pei *Pagani*, la quale vincoli il *Militare*.

Testamentum ruri conditum.

§. 620. Se un Testamento è fatto in campagna, e non è possibile riunire *sette* testimonj, il Diritto Romano si contenta di *cinque* (*cost.* 31 *Cod. de testam. VI*, *23*.). Tale impossibilità si presumeva fino a prova in contrario; perchè le campa-

gne in quest' epoca erano quasi esclusivamente abitate dai servi e raramente vi si trovavano dei cittadini. Se dei testimonj convocati alcuni soltanto sapevano scrivere questi, nel testamento scritto, firmavano per gli altri. Cosiffatto testamento era valido anche senza firme, se non si trovava fra i testimonj chi sapesse scrivere: allora il testatore doveva far noto ai testimonj l'erede che aveva nominato e le sue disposizioni, affinchè essi potessero dopo la sua morte deporne con giuramento (*cit. cost. ult. VI, 23 - Nov. 73 cap 9*). Molti pretendono che di questa forma privilegiata di testare potessero valersi i contadini soli, (*rusticani*) ma la ragione del privilegio militando eziandìo per coloro, che sono sebbene transitoriamente in campagna, tal privilegio vuole essere esteso ancora ad essi.

Testamentum tempore pestis conditum.

§. 621 Nel testamento fatto in occasione di pestilenza o di malattìa contagiosa, rimettevansi quelle formalità che espongono al contagio; laonde i Testimonj potevano venire ad uno ad uno, e non era necessaria la loro simultanea presenza (*cost. 8 Cod. de testam. VI, 23.*).

Testamentum parentum inter liberos.

§. 622. Se gli Ascendenti vogliono testare a favore dei discendenti, bastano poche formalità. Ed in vero si vogliono testare per *iscritto* basta che:

1.° Indichino l'epoca della fazione del Testamento, cioè l'anno, il mese, il giorno.

2.° Scrivano di proprio pugno il nome dei discendenti istituiti.

3.° Scrivano di proprio pugno con lettere chiare, e non con cifre numeriche, le parti nelle quali istituiscono gli Eredi. Non occorre sottoscrizione del Testatore, nè presenza di Testimonj e loro sottoscrizione, e non è neppure necessario che il Testatore scriva di proprio pugno tutto il Testamento. Con questo testamento è lecito, oltre all' istituire un erede, sostituire, nominare un tutore, e diseredare; ma le disposizioni a favore di estranei, che vi fossero contenute, sarebbero nulle (*Nov 107. cap. 1, e 2.*).

§. 623. Dal *Testamentum parentum inter liberos*, bisogna distinguere la semplice divisione, che i Genitori facessero fra i loro figli della propria eredità (*divisio parentum inter liberos*). In cotale divisione i Discendenti succedono *ab intestato* ai loro Genitori, i quali si limitano a indicare la parte ereditaria di ognuno dei loro figli. Questa Divisione è valida, se è firmata dallo stesso ascendente che la fa, o dai figli ai quali si riferisce (*cost. 16 e 21 Cod. fam. ercisc. III, 36 - Nov. 18 cap. 7 - Nov. 107. cap. 3*).

§. 624. Per revocare il *Testamentum Parentum inter liberos*, si addimanda il concorso di queste due circostanze:

1.º Un nuovo formale testamento.

2.º La revoca dell' antico innanzi a *sette* testimonj. (*Nov. 157. cap. 2*).

§. 625. Il Testamento Nuncupativo, *parentum inter liberos*, richiede soltanto la presenza di *due testimonj*, osservate tutte le altre formalità proprie dei Testamenti Nuncupativi (*Heinec. Recit. al Lib. II. Tit. 11 §. 509*) (a).

(a) In Toscana la legge dei 15 Novembre 1814 Tit. 5. prescrisse la forma esterna dei Testamenti: Questa patria Legge riconosce dei Testamenti *Ordinarj*, e dei Testamenti *Straordinarj o Privilegiati*.

a) Testamenti Ordinarj sono: 1.º l' Olografo 2.º Il Nuncupativo, 3.º Il Solenne.

b) Testamenti Straordinarj o Privilegiati sono: 1.º Il Testamento del Militare 2.º Il Testamento del Marinaro 3.º Il Testamento fatto in tempo di pestilenza 4.º Il Testamento dei Genitori fra i Figli:

a) *Testamenti Ordinarj.*

1:º *Testamento Olografo.* Il Testamento Olografo esige, che sia scritto per l' intiero, che sia datato, e che sia firmato di propria mano dal Testatore, e deve inoltre contenere la indicazione del luogo ove è fatto, e la professione del testatore medesimo (art. 2 cit. leg.). Se il Testamento non è scritto per l'intiero dal Testatore, se egli non vi appone la data di suo carattere, se manca la di lui firma, e l' indicazione della di lui professione, e del luogo dove è fatto, il testamento è nullo (art. 3). Quando anche sieno state osservate tutte le predette formalità, il testamento Olografo è nullo se nella carta che lo contiene si incontreranno cancellature, interlineazioni di qualunque specie, note o postille di qualunque natura, tanto in margine, quanto in piè di pagina (art. 4.). Il Testatore stesso dovrà consegnare il Testamento ad un pubblico notaro, il quale sarà tenuto ad inscrivere nel suo repertorio o protocollo l' atto di recezione, in cui dovrà fare espressa menzione, sotto pena della nullità del Testamento, di conoscere il Testatore, e sarà tenuto pure a trasmettere copia di quest' atto di recezione al pubblico generale Archivio di Firenze o di Siena respettivamente. Il Testamento Olografo non potrà otte-

nere esecuzione, se il Testatore morirà senza averne fatta la consegna ad un pubblico Notaro (art. 5.). Dopo la morte del Testatore, e prima che possa essere eseguito il Testamente Olografo, ad istanza di chiunque creda avervi interesse, sarà trasmesso dal Notaro al Tribunale o al Giudice di Prima Istanza del luogo ove si è aperta la successione, ed il Tribunale o il Giudice, dopo averlo aperto se è sigillato, e qualora non contenga vizj visibili, dovrà dichiarare con suo Decreto che il Testamento medesimo, è di ragione eseguibile, ed ordinare che sia depositato nel predetto respettivo Archivio insieme con la copia autentica del Decreto, che dovrà rimanere perpetuamente annessa al Testamento (art. 6).

2.° *Testamento Nuncupativo.* Il Testamento Nuncupativo deve essere fatto alla presenza di un Notaro, e di *cinque* Testimonj. Il Testatore deve pronunziare avanti di essi con voce chiara ed intelligibile l' istituzione, ed il nome dell' erede, i legati e le altre disposizioni. Il Notaro deve ridurre in iscritto immediatamente, e senza intervallo di tempo, alla presenza del Testatore e dei Testimonj suddetti tuttociò che ha detto e disposto il Testatore medesimo, e fare ad essi lettura di ciò che avrà scritto. E contestualmente non tanto il Testatore, quanto il Notaro, devono apporre in piè del Testamento la propria firma, presenti sempre i cinque Testimonj (*art.* 7). Se il Testatore dichiara che non sà o non può firmare, deve essere fatta dal Notaro espressa menzione di questa sua dichiarazione, non meno chè della causa che gli impedisca di firmare, ed invece del Testatore debbono apporre nel Testamento la loro firma due dei cinque Testimonj presenti all' atto, a scelta del Testatore medesimo. Nel caso che il Testatore sia cieco, è necessario l' intervento del sesto Testimone, e la firma di tre dei testimonj intervenuti (*art.* 8). Il Notaro deve fare menzione espressa che il Testatore ha pronunziato l' istituzione, il nome dell' erede, i legati, e le altre disposizioni: che ha scritto contestualmente e senza intervallo di tempo il testamento alla presenza del Testatore e dei Testimonj; e che alla presenza del Testatore e dei Testimonj ne ha fatto lettura (*art.* 9). L' omissione di qualunque delle solennità indicate negli art 7, 8, 9, importa la nullità del Testamento (*art.* 10.).

3.° *Téstamento Solenne.* Il Testamento Solenne deve essere scritto, datato, e firmato dal Testatore, o da persona di sua confidenza. Il Testatore medesimo deve consegnarlo chiuso e sigillato ad un Notaro in presenza di cinque testimonj, e deve dichiarare ad essi che dentro all'involto che consegna si contiene il suo Testamento, indicando se lo ha firmato egli stesso, o se lo ha fatto firmare ad altri: il Notaro deve scrivere sopra l' involto l' atto della consegna, le dichiarazioni fatte dal Testatore, ed il nome dei testimonj. Lo stesso Testatore, i Testimonj, ed il Notaro dovono apporre in piè dell' atto predetto la loro firma respettiva, dichiarandosi vicendevolmente contesti, ed inoltre i Testimonj devono apporre ciascuno un loro sigillo, o di altri, esprimendo nella firma l' impronta del sigillo di cui si sono serviti. Un solo sigillo può servire per più, o per tutti i testimonj predetti (*art.* 11). Se il Testatore non sà, o non può firmare, deve farne la dichiarazione formale in presenza dei Testimonj e del Notaro: il quale è obbligato di fare menzione espressa di questa dichiarazione nell' atto medesimo, e per supplire alla sottoscrizione del Testatore deve farsi intervenire in tal caso il sesto Testimone, il quale appone la sua firma, e sigilla come gli altri cinque Testimonj (*art.* 12.). Tutto ciò che è stato prescritto per l' atto della consegna del Testamento, deve essere fatto in un solo ed unico contesto, e senza interposizione di verun atto estraneo (*art.* 13). Mancando alcune delle formalità or-

dinate negli articoli 11, 12, il Testamento è nullo (*art.* 14). I Ciechi e quelli che non sanno leggere, non possono fare il Testamento solenne: Possono farlo bensì i Sordo e Muti, divenuti tali per infermità dopo l' età di 12 anni compiti, i quali sappiano scrivere, purchè il testamento sia tutto scritto, datato, e firmato dal Testatore, e purchè nell' atto di consegnare l' involto al Notaro ed ai Testimonj, il Testatore scriva sull'involto medesimo di proprio pugno, ed alla loro presenza, che dentro di esso si contiene il suo Testamento. Il Notaro deve ripetere nell'atto della consegna, che il Testatore ha scritto in presenza sua e dei Testimonj questa dichiarazione, e nel resto devono osservarsi le formalità ordinate all' Articolo 11; il tutto a pena di nullità (*art.* 15). Il Notaro dovrà consegnare al pubblico generale Archivio di Firenze, o respettivamente di Siena il Testamento medesimo, e l'atto della di lui recezione; e alla morte del Testatore debitamente giustificata, chiunque possa avervi interesse farà istanza per l' apertura e pubblicazione di esso al Soprintendente, il quale vi procederà presenti due testimonj, assistito dal pubblico Ministro, e osservate le seguenti formalità (*art.* 16). Estratto l' involto dal luogo ove si conservano simili disposizioni, sarà fatta lettura del Testamento, e di tutto ciò che si trova scritto nella parte esterna dell' involto. Quindi si farà riconoscere ai Testimonj l' integrità dell' involto medesimo, e la fedeltà e identità dei sigilli, e si procederà senza intervallo di tempo alla frazione dei medesimi, e all' apertura dell' involto ove è racchiuso il Testamento, del quale sarà immediatamente fatta lettura ai Testimonj presenti, e contestualmente sarà disteso e firmato dal primo Ministro l' atto della apertura dell' involto, e della pubblicazione del Testamento, che conterrà la menzione espressa, che sono state osservate tutte le predette formalità (*art.* 17). Qualunque testamento in cui, o per la di lui celebrazione, o per la di lui recezione, sia necessario o intervenga l' uffizio di un pubblico Notaro, è soggetto per lo Statuto Fiorentino alla tassa di Lire 3. 10 a benefizio dell' Opera di S. Maria del Fiore, e per la Provincia Inferiore o Superiore di Siena alla tassa di Lire 1, a benefizio dello Spedale di S. Maria della Scala della Città di Siena (*art.* 1 *cit. Tit.*). Questa Tassa nell' atto della celebrazione o della recezione del Testamento sarà pagata al Notaro, il quale dovrà rimetterla al respettivo Archivio, contemporaneamente alla trasmissione dell' atto della recezione del Testamento (*art.* 2.) Il Testamento o l' atto di recezione del medesimo, dovrà contenere la menzione espressa che è stata pagata la tassa predetta, sotto pena della nullità del Testamento (*art.* 3.).

(b) Testamenti Privilegiati

(1°) I Militari, e gli individui addetti al servizio della truppa, che in tempo di Guerra si trovano al campo, o in una piazza assediata, o in altra spedizione qualunque, oltre a poter fare il Testamento Olografo, possono fare il Nuncupativo ed ogni altra disposizione di ultima volontà con l' intervento solo del Maggiore del Reggimento, o dell' Uffiziale comandante il Distaccamento nel quale si trova il testatore, e alla presenza di due testimonj (*Legge* 15 *Novembre* 1814,) *Tit.* 6. *art.* 1). Il Maggiore o l' Uffiziale fa le funzioni di Notaro, e firma il Testamento o altra disposizione di ultima volontà insieme col disponente. Nel caso che il disponente non sappia o non possa scrivere, firma per esso uno dei testimonj (*art.* 2). Se il disponente è lo stesso Maggiore, o l' Uffiziale Comandante, le funzioni di Notaro devono essere fatte da altro Uffiziale di grado immediatamente inferiore a quello del disponente medesimo (*Art.* 3). - Se il disponente si trova in uno Spedale

per malattia o per ferite, le funzioni di Notaro devono essere fatte da uno dei Chirurghi addetti allo stesso Spedale (*Art*: 4). - Sei mesi dopo che la spedizione è terminata, o che l'assedio della Piazza è levato, o che il disponente è ritornato al campo, il Testamento o altra disposizione fatta con le forme già sopra espresse, che si richiedono a pena di nullità, rimane annullato (*Art*. 5). -

(2°) *Testamento del Marinaro*. I Testamenti e le altre disposizioni di ultima volontà fatte in mare, sopra un bastimento di Bandiera Toscana, dalle persone dell'equipaggio, o dai passeggeri, devono essere ricevute dallo Scrivano del bastimento, che farà le funzioni di Notaro, alla presenza del Capitano, o del Padrone, e di due Testimonj. L'atto deve essere firmato dal disponente, dal Capitano o Padrone, e dallo Scrivano. Se il disponente non sà o non può scrivere, uno dei Testimonj deve firmare per esso. Se quegli che non sà o non può scrivere, è il Capitano o Padrone, deve essere fatta menzione espressa della causa per cui manca la di lui firma (*Art*. 6). Qualora sia lo Scrivano quegli che dispone, deve intervenire a firmare un terzo Testimone, e deve fare le funzioni di Notaro il Capitano, o il Padrone, sempre che sappia o possa scrivere; altrimenti, ferma stante la di lui assistenza, e l'intervento di due Testimonj, come è stato prescritto nell'articolo precedente, ne fa le funzioni un altro Uffiziale, se esiste: e se non esiste, ne fa le funzioni la persona più qualificata fra l'equipaggio o i passeggieri (*Art*. 7). - Qualora quegli che dispone sia il Capitano, o Padrone, anche in questo caso dovrà farsi uso del terzo Testimone, da scegliersi fra gli Uffiziali, e in difetto di loro, fra i più qualificati dell'equipaggio o dei Passeggieri, il quale appone la sua firma nel Testamento o altra disposizione, insieme col disponente e con lo scrivano (*Art*. 8). - Colui che riceve come Notaro più Testamenti o altre disposizioni dei Naviganti, deve scrivere di proprio pugno nel giornale o registro del Bastimento il giorno, mese ed anno nel quale ha ricevuto il Testamento o disposizione, il nome, il cognome, e patria del disponente, e il nome, cognome, e patria di tutte le persone intervenute all'atto (*Art*. 9). Se il bastimento approda in un porto straniero, nel quale esista il Console Toscano, o altro Ministro che ne faccia le veci, quegli che ha ricevuto il Testamento, o altra disposizione di ultima volontà, deve depositarlo nelle di lui mani, e il Console o altro Ministro, deve rimetterlo pel canale della Segreteria degli Affari Esteri al pubblico generale Archivio dei contratti della città di Firenze (*Art*. 11). - Nei casi contemplati dai due precedenti Articoli, avanti che il Console o altro Ministro, e respettivamente il Giudice di prima istanza o il Gonfaloniere, trasmettano come sopra il Testamento al pubblico generale Archivio dei Contratti della Città di Firenze, se il Testatore sarà morto in mare, dovranno interrogare i testimonj intervenuti al Testamento sopra la sincerità del medesimo, e redigere atto del loro deposito, che dovrà stare perpetuamente annesso al Testamento predetto (*Art*. 12). - Il Testamento o altra disposizione di ultima volontà fatta in mare, con le forme superiormente ordinate negli Articoli 6, 7, 8. le quali devono osservarsi alla pena della nullità, rimane senza effetto, e come se fatto non fosse, dopo spirati due mesi da che il disponente è sbarcato e dimorato in terra (*Art*. 13).

(3°) *Testamento fatto in tempo di Pestilenza*. Nei luoghi nei quali regna la peste, o altra malattia contagiosa, i Testamenti nuncupativi, e le altre dispozioni di ultima volontà, possono esser fatte con l'intervento del Notaro, e di due testimonj, tanto se il disponente è attaccato, quanto se non

CAPITOLO IV.

Del Contenuto del Testamento.

§. 626. Il Testamento *può contenere* molte e diverse disposizioni, a mò di esempio, legati, nomine di tutore, manomissioni di servi etc. ma quello che *deve assolutamente contenere* è:

L' Istituzione di un Erede Diretto.

Istit. Lib. II, tit. 14 de heredibus instituendis - Dig. Lib. XXVIII. tit. 5 de heredibus instituendis. Cod. Lib. VI. tit. 24 de heredibus instituendis, et quæ personæ heredes institui non possunt.

§. 627. L'Istituzione di un erede diretto (*directi heredis institutio*) è la nomina di un successore a titolo universale, chiamato personalmente dal Testatore, perchè venga immediatamente e direttamente a raccogliere la Eredità, senza l'intervento di interposta persona, che gliela restituisca. Bene a ragione da Gajo è detta *caput et fundamentum totius testamenti* (*Gajo II*, §. *229 - Istit.* §. *34 de legatis II, 20*) : perocchè senza di essa non siavi testamento (*fr. 1* §. *3 Dig. de vulg. et pup. substit. XXVIII, 6*), e sia per essa che il Testamento si distingua dal Codicillo, potendo esser fatta per Testamento soltanto (*Istit.* §. *2 de Codicillis II. 25 - fr. 2* §. *4 fr. 10 Dig. de jure codicill. XXIX, 7 - cost. 7 Cod. de Codicillis VI, 36*).

è attaccato dalla peste, o malattia contagiosa (*Art. 14*). - Cessa l'efficacia di questi Testamenti e disposizioni, terminati due mesi da che il governo ha pubblicato che la Peste o Contagio ha cessato, o da che il disponente è andato ad abitare in luogo non infetto da tali malattie (*Art. 15*).

(4°) *Testamento dei Genitori fra i figli*. - È valido il testamento Nuncupativo del Padre, della Madre, e degli Ascendenti Paterni e Materni, che dispongono a favore dei proprj figli e discendenti, se è fatto in presenza del Notaro e di due Testimonj, osservate nel resto le altre formalità stabilite pei Testamenti Nuncupativi (*Art. 16*). - Le disposioni contenute in questo Testamento del Padre, della Madre, e degli Ascendenti sono nulle in quella parte in cui sieno dirette a favore di persone diverse dai figli e discendenti suddetti (*Art. 17*).

§. 628. *A) Forma dell' Istituzione.* In antico si esigeva, che l' Istituzione fosse concepita in maniera o forma imperiosa, *verbis imperativis*, perchè l' antico testamento *calatis comitiis* era una legge, e la legge ha appunto forma imperiosa. Da primo l' unica formula da adoperarsi era questa: *Titius heres esto*, posteriormente potè adoperarsi anche l' altra: *Titium heredem esse jubeo*, ma non avevano afficacia le locuzioni: *heredem facio, heredem instituo* (*Gajo II, 116, 117*). Fino dal terzo periodo si cominciò a deflettere da tanto rigore, e nel quarto, più non si pose mente alla maniera con la quale l' istituzione era fatta; bastò che l' intenzione di istituire taluno erede fosse chiaramente espressa (*cost. 15 e 21 §. 4 Cod. de testam. VI, 23*). In origine la istituzlone dell' Erede doveva precedere qualunque altra disposizione, il Testamento doveva cominciare con essa (*Paolo IV, 6, 2.*), tanto che si considerava come non scritto tutto ciò che si leggeva prima di quella; ma a poco a poco la Giurisprudenza e le Costituzioni Imperiali mitigarono tanta severità, introducendo delle eccezioni a quel principio assoluto troppo (*Gajo II, 231 - fr. 1 Dig. de herede costit. XXVIII, 5*), finchè Giustiniano l' abolì affatto disponendo, che in qualunque luogo del Testamento si trovi la istituzione dell' Erede, il Testamento che la contiene vale in tutte le sue parti (*Istit §. 34 de Legatis II, 20 - cost. 24 Cod. de Testam. VI, 23.*).

§. 629. *B) Designazione dell' Erede istituito.* È essenziale che l' istituzione sia chiara e positiva, altrimenti il Testamento è nullo. L' Erede dunque ha da essere designato pel suo nome, o con tali indicazioni (*demonstrationes*) da escludere ogni dubbio sulla sua persona (*fr. 9 §. 8 e 9 Dig. de hered. instit. XXVIII,*, 5). Quando dalle circostanze si può constatare con sicurezza, quale è la persona che il Testatore ha voluto istituire, non conclude l' errore sul nome o cognome dato alla medesima (*fr. 8 §. 2 Dig. de bon. poss. sec. tab. XXVII, 11 - cost. 4 Cod. de Testam. VI, 23 - fr. 34 Dig. de condit. et demonstrat. XXXV, 1*), o sopra qualche qualità attribuitale (*fr. 48 §. 3 Dig. de hered. instit. XXVIII*, 5), come pure non conclude la singolarità, che più persone abbiano lo stesso nome (*fr. 62 §. 1 Dig. eod.*) indicato dal Testatore.

C) *Modalità dell' Istituzione*. L' Istituzione dell' Erede può esser fatta:

α. Puramente e semplicemente.

β. Modalmente. Vediamo quali modalità possano apporsi all' Istituzione dello Erede.

I. *Condizioni*. All' istituzione in erede possono aggiungersi delle condizioni, e queste debbono essere interpretate secondo la intenzione del Testatore. *In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones, (fr. 19, 101 Dig. de condit. et demonstrat.* XXX*V*, 1). Regole principali sulle condizioni sono le seguenti:

a) L' Erede, che per legge si ha obbligo di istituire, non può essere istituito se non che sotto condizione *potestativa*. L' Istituzione sua sotto una condizione *casuale* o *mista*, eluderebbe la prescrizione legislativa *(fr. 4*, *5*, 6, *86 Dig. de hered. instit* XX*VIII* , 5 - *fr. ult. Dig. de condit. instit.* XX*VIII*, *7.*).

b) Le condizioni *possibili* debbono venire scrupolosamente adempite dall' Erede. Qualora sieno più, se sono imposte *cumulativamente* debbono tutte essere osservate, e se imposte *alternativamente*,basta che se ne osservi una (*Istit.* §. *11 de hered. instit. II. 14 - fr. 5 Dig. de condit. instit.* X*XVIII*, *7)*. L'Istituzione di Erede, ripetuta più volte, sotto condizioni diverse, si considera come fatta sotto condizioni imposte *alternativamente (fr. 17 Dig. de hered. instit. XXVIII, 5. - fr. 17 Dig. de condit. istit. XXVIII, 7)*. Ma se la medesima istituzione, una volta si trova con condizione, ed un altra senza, vale la istituzione incondizionata, come quella che è più favorevole all' erede, e per conseguenza come quella, che facilita l' eredità testamentaria (*fr. 27 §. de hered. instit. XXVIII*, 5).

c) La condizione *affermativa*, *impossibile fisicamente* o *moralmente*, si ha per non scritta (*fr. 1, fr. 20 Dig. de condit. instit. XXVIII, 7)*. Nel trattare delle condizioni vedemmo invece, che la condizione affermativa impossibile le annulla (*Vedi sopra §. 274. lett. b pag. pag. 57.*). Questa differenza nell' effetto della condizione affermativa impossibile apposta nei Testamenti, e della condizione stessa apposta nelle Convenzioni, differenza,

rifiutata dai Proculejani, ammessa dai Sabiniani e sanzionata poi da Giustiniano, della quale Gajo sebbene Sabiniano confessa non sapere dare plausibile spiegazione (*Gajo 98*), viene dal Giureconsulto Meciano spiegata nel modo seguente: Egli osserva che le Convenzioni come atti bilaterali, richiedono il consenso di ambedue le parti contraenti, attalchè se queste concordemente appongono una condizione che riconoscevano impossibile, è segno che non volevano obbligarsi sul serio, e che piuttosto scherzavano; ma per lo contrario, se taluno istituisce un altro in Erede sotto una condizione affermativa impossibile, siccome lo fa spontaneamente, non può supporsi che fosse mosso dall'intenzione di scherzare, specialmente in un atto così solenne quale è il Testamento (*fr. 31 Dig. de obligat. et act. XLIV, 7.*). Meno sofistica e più plausibile spiegazione di quella differenza, ci sembra l'attribuirla al desiderio di favorire la validità delle istituzioni in Erede, affinchè i cittadini non morissero *ab intestato*, lo che era nello spirito del Diritto Romano di impedire.

d) La condizione negativa impossibile, se è impossibile fisicamente si considera come non scritta, ma se è impossibile moralmente vuole essere osservata. A mo' d' esempio debbono essere osservate le condizioni seguenti: *Titius heres esto si sacrilegium non faciat, si hominem non occidat*.

e) Le condizioni ***sospensive*** possono essere apposte all' istituzione in erede; non già le ***risolutive***. Non le ***risolutive***, perocchè ad esse osta la regola ***semel heres, semper heres***; (*fr. 7 § 10 in f. Dig. de minorib. IV, 4 - fr 88 Dig. de hered. instit. XXVIII, 5*), laonde si considerano come non apposte (1). Le condizioni sospensive sospendono gli effetti dell' istituzione; l'istituito ha la possibilità di essere erede, ma non lo è finchè la condizione non si verifica; quindi se muore prima del verificarsi della condizione, non trasmette diritto alcuno ai suoi eredi (*fr. 4 Dig. quando dies legat. XXXVI, 2 - cost. un. § 7 cod. de caduc. toll. VI, 51*). E questo a differenza di ciò che av-

(1) La condizione risolutiva è ammessa nel Testamento Militare (*arg. fr. 15 § 4 fr. 41 pr. Dig. de testam. milit. XXIX, 1 - cost. 8 Cod. de his quæ poena nomine VI, 41*).

viene nelle Convenzioni. La cosa, che nelle Convenzioni è promessa sotto condizione sospensiva, deve essere prestata all'erede della persona cui fu promessa, se la condizione si verifica dopo la di lei morte, perocchè anche un Diritto in speranza, acquistato per convenzione, si trasmette agli Eredi (*Istit.* § *4 de verb. oblig.. III, 15 - fr. 73* §. *1 Dig. ad leg Falcid. XXXV, 2 - fr. 54 Dig. de verb. signif. L, 16*). La condizione sospensiva appena si verifica, ha effetto retroattivo, e perciò l'erede istituito sotto la medesima, si considera come se fosse stato sempre erede; se poi la condizione vien meno, il testamento si considera come se non fosse mai esistito, e succedono gli eredi legittimi (*fr. 26 Dig. de condit. instit. XXVIII, 5 - fr. 105 de condit. et demonst. XXXV, 1*). Se la condizione sospensiva è negativa, ed è di tale indole da impedire all'Erede una data azione per tutta la vita; per esempio se il Testatore avesse detto *Titius heres esto, si in Capitolium non ascenderit, . . . si hominem non occiderit*, a rigore bisognerebbe aspettare il momento della morte di Tizio per esser certi, che egli avesse diritto all'istituzione, e questa gioverebbe soltanto ai suoi eredi. Per rimediare a tale inconveniente, Quinto Mucio introdusse una *Cautio*, detta in suo onore *Muciana*, per la quale l'istituito potè ottenere immediatamente il possesso dell'Eredità. Con questa Cauzione l'istituito garantisce di restituire l'Eredità a chi di ragione, nel caso che egli non rispettasse il divieto del Testatore (*fr. 7 e 18 Dig. de condit. et demonst. XXXV, 1*).

f) Le condizioni necessarie, e le derisorie si ritengono per non apposte (*fr. 14 Dig. de condit. instit. XXVIII, 7*).

g) Le condizioni *interessate* rendono la istituzione nulla; per conseguenza non valgono le istituzioni dette *captatorie*, quelle cioè che sono intese a provocare una futura istituzione, perocchè l'erede venga istituito a condizione, che egli alla sua volta istituisca il Testatore, od un terzo (*fr. 70 fr. 71 fr. 81 Dig. de hered instit. XXVIII, 5 - fr. 64 Dig. de Legatis* XXX). La nullità delle istituzioni *Captatorie*, fu dichiarata da un Senatusconsulto, del quale si ignora l'epoca ed il nome. Esempj di istituzioni captatorie sono i seguenti: 1°. Istituisco Tizio in

quella parte nella quale istituirà me. 2°) Istituisco Tizio in quella parte nella quale istituirà Mevio. Per altro, mentre lo istituire alcuno perchè istituisca noi, è una vera captazione, lo istituire taluno perchè ci ha già istituiti, è dimostrazione di onesta gratitudine. Le Leggi Romane fanno appunto questa distinzione, quando dichiarano:

(1°) che non sono istituzioni captatorie i testamenti vicendevoli, i quali hanno per ragione le mutue affezioni, come se avvengono fra i conjugi o i fratelli (*fr.* 70 *Dig. de hered. instit.* XXVIII, 5).

(2°) che non sono istituzioni captatorie quelle, che hanno causa da una istituzione precedente, e così appariscono mosse da gratitudine, come se il Testatore avesse detto: Tizio sia mio erede per quella parte in cui ha istituito erede me (*fr.* 71 *pr. Dig. eod.*).

(*h*) L' istituzione non può farsi dipendere dal mero arbitirio altrui, ma può essere validamente sottoposta alla condizione che un altro faccia qualchè cosa, che dipenda dalla sua volontà. Quindi sarebbe nulla la istituzione in cui il Testatore dicesse: istituisco erede, chi Tizio vorrà (*fr. 32 Dig. de hered instit. XXVIII, 6*); ma varrebbe invece una istituzione concepita in questi termini: Se Tizio monterà in Campidoglio, Mevio sia mio erede (*fr. 68 Dig. de hered. instit. XXVIII*, 5). Siffatta istituzione sarebbe valida, perchè non rimessa al puro e diretto arbitrio del terzo: infatti se Tizio vuole che Mevio sia erede, è necessario che si sottoponga a fare qualchè cosa, nell' esempio nostro a montare in Campidoglio.

II. *Termine*. - L' istituzione dell' erede può essere sottoposta ad un *termine*, ma *incerto*: perchè allora il termine è considerato come una condizione (*fr. 75 Dig. de condit. et demonstr. XXXV, 1 - fr. 4 pr. fr. 22 pr. Dig. quando dies legat. XXXVI, 3*): ma l' apposizione di un termine *certo* all' istituzione, si considera come non fatta, e l' erede si ritiene come istituito puramente e semplicemente (*Ist. §. 9 h. t. II, 14 - fr. 34 Dig. eod.* XXVIII, 5). La ragione ne è evidente: invero se la istituzione fosse fatta *in diem* (*Tizio sia mio erede per cinque anni*), ove si rispettasse la volontà del Testatore,

l' erede testamentario dovrebbe dopo cinque anni abbandonare l' eredità, la quale verrebbe allora acquistata dall' erede legittimo; laonde si violerebbe la regola *semel heres semper heres* (a). E se la istituzione fosse fatta *ex die* (*Tizio sia mio erede cinque anni dopo la mia morte*) rispettando la volontà del Testatore, per i primi cinque anni posteriori alla sua morte succederebbero gli eredi legittimi, dopo i cinque anni l' erede testamentario; altra violazione flagrante della regola stessa: *semel heres semper heres* (b).

III. *Causa*. - Il Testatore può avere espresso il motivo che lo spinse ad istituire la persona da lui scelta come erede. Non importa se in tal caso il motivo dell' istituzione riposa sopra fatti, che poi riconosconsi falsi (*fr.* 17 §. 2 *fr.* 72 §. 6 *Dig. de condit. et demonstrat.* XXXV, 1 - *Ulp.* XXIV, 19 - *Istit.* §. 31 *de Legatis II*, 20), perchè il testatore non era obbligato ad esprimere il motivo, che lo spingeva a istituire erede la persona istituita tale; onde la regola: *falsa causa non nocet*, che vale come vedemmo anche per le Convenzioni (Vedi sopra §. 269 pag. 51). Tuttavolta questa regola soffrirebbe

(a) La istituzione *in diem* è valida nel Testamento Militare (*fr.* 15 §. 4, *fr.* 41 *pr. Dig. de testam. milit. XXIX*, 1 - *cost.* 8 *Cod. de testam. milit.* VI 21).

(b) È notevole, che nell' istituzione fatta *ex die* (p. e. *Tizio sia mio erede cinque anni dopo la mia morte*) il termine si considera come se non fosse apposto, mentre si rispetta la *condizione sospensiva* (p. e. Tizio sia mio erede quando la nave Amelia tornerà dall' Affrica). Parrebbe a prima giunta, che ancora la condizione sospensiva dovesse considerarsi come non scritta, per non violare la regola *semel heres semper heres*, ma ciò non è. Questo si spiega riflettendo che fino a tantochè la condizione sospensiva pende (nel nostro esempio finchè la nave non è tornata dall' Affrica) non si fa luogo alla successione legittima, mentre alla medesima sarebbe necessario far luogo in caso di una istituzione *ex die*. Infatti finchè la condizione pende, è incerto se vi sarà o no un erede testamentario, ed in questa incertezza non si può chiamare a succedere gli eredi legittimi: perchè alla successione legittima non si apre l' adito, finchè non è certo che manchi un erede testamentario, e la speranza che esista esclude gli eredi *ab intestato*. - Ma la cosa procede molto diversa nell' istituzione fatta *ex die*. Se il Testatore ha detto: Tizio sia mio erede cinque anni dopo la mia morte, è certo che per cinque anni non può esistere erede Testamentario: perchè per quel tempo il Testatore lo ha espressamente escluso; laonde sarebbe necessario per quei cinque anni chiamare all'eredità gli eredi legittimi, trascorsi i quali dovrebbero abbandonarla, con violazione della regola *semel heres semper heres*.

limitazione: 1° *Se* la causa fosse stata posta in condizione, come se il Testatore avesse detto: istituisco erede Tizio se ha amministrato i miei affari (*fr. 17 §. 1 2 Dig. de condit. et dem. XXXV, 1*). 2°. Se gli eredi legittimi potessero dimostrare in maniera perentoria, che senza la causa indicata dal Testatore, egli non avrebbe fatto l' istituzione (*fr. 72 §. 6 Dig. eod. - cost. 4 Cod. de hered. instit. VI, 24 - Cod. tit. de falsa causa VI, 44*).

IV. *Modo*. - Ove all' erede istituito sia stato imposto l' obbligo di impiegare tutta o parte della eredità ad un dato scopo, o fine certo (Vedi sopra §. 273 pag. 54), l' erede deve sodisfare a quell' obbligo, quando sia moralmente e fisicamente possibile. - Ma non può essere costretto ad eseguirlo, se il modo interessa lui solo (*fr. 17. §. 4. fr. 71 pr. Dig. de condit. instit. XXXV, 1*).

V. *Penale*. - Quando il Testatore ha ordinato, che l' erede paghi una penale pel caso che non eseguisca la sua ultima volontà, questa deve essere dall' erede pagata (*cost. un. Cod. de his quæ pænæ nomine VI, 41*).

§. 631. (*D*) *Dell' Istituzione di uno o più eredi.* Il Testatore ha facoltà di istituire erede una sola persona in tutta l' eredità, oppure di istituire più persone insieme in parti uguali o diverse (*Istit. § 4 de hered. instit. II, 14*). Ma in tutti i casi è necessario, che non resti vacante una parte dell' Eredità, per non violare la regola *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*; l' erede, o i più eredi testamentarj, debbono dunque godere di tutta l' eredità, nè può qualsiasi frazione della medesima, di cui non avesse disposto il Testatore, venire acquistata dagli eredi legittimi.

§. 632. L' Eredità considerata complessivamete, come obietto, era dai Romani chiamata asse, *as*, vocabolo di origine greca che significa un tutto, un indiviso, e col quale indicavano come l' eredità, così ogni altra università o totalità - Dividevano l' *asse* in dodici parti uguali, dette *oncie*, ciascheduna, delle quali aveva un nome proprio.

1° Se taluno era istituito in un' oncia, ossia in $^1/_{12}$ della eredità, dicevasi *heres ex uncia*.

2° Se in due once, ovvero in $^1/_6$ dicevasi *heres ex sextante*.

3° Se in tre once, ovvero in $^1/_4$ dicevasi *heres ex quadrante*.

4° Se in quattr' once, ovvero in $^1/_3$, dicevasi *heres ex triente*.

5° Se in cinque once, *heres ex quincunce.*

6° Se in sei once, ovvero in $^1/_2$ dell' asse dicevasi *heres ex semisse*.

7° Se in sette once, *heres ex septunce*.

8° Se in otto once, *heres ex besse* (da *bes* cioè *bis triens* ovvero $^2/_3$ dell' asse).

9° Se in nove once, *heres ex dodrante* (da *dodrans*, cioè *dempto quadrante*, vale a dire l'asse meno $^1/_4$).

10° Se in dieci once, *heres ex decunce, vel dextante*, *dextans* significando *dempto sextante*, vale a dire l' asse, meno $^1/_6$.

11° Se in undici once, *heres ex decunce*, da *deunx*, vale a dire *dempta uncia*, ossia l'asse meno un' oncia, o meno $^1/_{12}$.

12° Se in dodici once, ossia in tutto l'asse *heres ex asse* (*Istit.* §. *5 de hered. instit. II*, *14 - fr. 50* §. *2 Dig. eod.* XXVIII, *5*). - L' istituito in $^1/_{24}$ dell' Eredità, dicevasi *heres ex semuncia*, e l' istituito in $^1/_{48}$ *heres ex sicilico*. - Non ricordiamo i nomi delle altre suddivisioni, perchè disusati.

§. 633. Tale essendo il modo della divisione dell'asse, possono occorrere più casi:

a) che il Testatore non abbia disposto di tutte le dodici once dell' asse, istituendo l' erede soltanto in parte. Allora egli acquista anche le altre once, delle quali il Testatore non dispose (*Istit.* §. *5 de hered. instit. II*, *14 - fr. 1* §. *4 Dig. eod.* XXVIII, 5).

b) che il Testatore abbia istituito eredi più persone, senza assegnare a ciascuna di essi un numero determinato di once. Allora ove tali eredi sieno tutti istituiti in una sola proposizione (onde sono detti *conjuncti*, o *re et verbis conjuncti*), acquistano tutti l' eredità in porzioni uguali (*Istit.* §. 6 *de hered. instit. II*, *14 - fr. 9* §. *12 Dig. eod.*); ed ove sieno istituiti in proposizioni diverse (onde sono detti *verbis disjuncti*, o *re con-*

juncti) l' eredità viene divisa in tante parti, quante sono le proposizioni *(fr. 11 fr. 69* §. *2 Dig. eod.* XXVIII, *5)*.

c) Che il Testatore assegnando ai più coeredi delle parti determinate, abbia disposto di un *numero maggiore* di once di quelle che compongono l' asse. - In tal caso si sottrae ad ogni coerede una parte della respettiva quota, in proporzione della medesima, *singulis pro parte decrescit (Istit. in f. h t.* §. *7 - fr. 13* §. *2, 3, 4, 5 Dig. eod.)*.

d) Viceversa, che il Testatore assegnando a più coeredi delle parti determinate, abbia disposto di un *minore numero* di once di quelle che compongono l' asse. - Allora la porzione dell' asse rimasta vacante, accresce ad ogni coerede, in proporzione della sua respettiva quota, *singulis pro rata accrescit (Istit.* §. *7 pr. h. t. cit. fr. 13 eod.)*.

e) Che il Testatore avesse determinato per alcuni dei coeredi il numero delle once, per altri no. In tal caso si assegnano le quote determinate a coloro che furono istituiti nelle medesime, fra gli altri si divide il rimanente, secondo il numero delle persone o delle proposizioni *(Istit.* §. 6 *h. t. - fr. 17 pr. fr. 20 pr. Dig. eod.)*. - Ma che dire nel caso, che dopo avere assegnato le quote determinate dal Testatore agli istituiti nelle medesime, non rimanesse nulla dell' asse per gli altri, istituiti senza determinazione di quota? Si suppone allora, che il Testatore abbia voluto dividere l' asse in 24 once *(dupondium)* anzi che in 12, e le prime 12 once si dividono fra le persone per le quali il Testatore ha indicato le respettive quote, e le ultime 12 once si dividono fra le altre che non sono state istituite in quote determinate *(Istit.* §. *6, 8 h. t. - fr. 17* §. 3, 5, *fr. 18, fr. 20* §. *1 Dig. eod.)*. - Tuttavolta ove il Testatore dopo aver fatta espressamente la divisione dell' asse in 12 once, avesse detto: *nel resto istituisco erede Mevio*, costui niente acquisterebbe *(fr. 17* §. *3 Dig. eod.)*.

(f) Che il Testatore abbia istituito erede taluno indeterminatamente, tale altro in una cosa certa, p. e. nel podere Semproniano. Allora quest' ultimo si considera come un Legatario della cosa certa, e quel primo come erede di tutto l' asse *(cost. 6 Cod. de hered. instit. VI*, 26).

(*g*) Che il Testatore abbia istituito eredi due persone diverse in una cosa medesima. - In tal caso acquistano a parti uguali non solo la cosa, ma ancora tutto il resto dell' eredità (*fr.* 9 §. 13 *Dig. de hered. instit. XXVIII*, 5). E se il Testatore avesse istituito due persone diverse, ciascheduna in una cosa certa differente, l' eredità sarebbe divisa fra loro a parti uguali, e quelle cose certe in cui furono istituiti, si considererebbero come prelegati (*fr.* 10, *fr.* 11, *fr.* 35 *pr.* §. 1, 2 *Dig. eod.*).

§. 634, E) Delle Sostituzioni. Il Testatore nel suo testamento può fare una *Istituzione condizionale, posta in secondo grado sotto una istituzione principale, pel caso in cui l' istituzione principale non sortisse il suo effetto*, in altri termini può fare una *sostituzione* (*substitutio*) ossia *sub institutio*, istituzione posta sotto di un altra, in secondo grado. La sostituzione, è una istituzione eventuale di un erede diretto, ed appunto per questo non può essere fatta che in un Testamento. Due specie di sostituzioni conobbero i Romani nei primi tempi: 1.° la Volgare (*vulgaris substitutio*) 2.° la Pupillare (*pupillaris substitutio*). Giustiniano per analogìa di quest' ultima, cioè della Pupillare, ammise una terza specie di sostituzione, che i Commentatori dicono: *Quasi-Pupillare o Esemplare.* Tutte queste sostituzioni sono intese a prevenire certe eventualità di morire *ab intestato*; contengono infatti la istituzione di un altro erede, pel caso in cui quelle eventualità fossero per verificarsi, e tutte presuppongono una istituzione.

a) Sostituzione Volgare.

Istit. Lib. II, Tit. 15 *de vulgari substitutione* - *Dig. Lib.* XXVIII. *Tit:* 7 *de vulgari et pupillari substitutione* - *Cod. Lib. VI, Tit.* 26 *de institutionibus et substitutionibus.*

§. 635. La Sostituzione Volgare è: la *nomina o istituzione di un erede diretto in secondo grado* (*secundus heres, substitutus*) *pel caso in cui l' erede istituito in* primo grado (*primus heres, institutus*) *non voglia o non possa divenire erede*: *si ille heres non erit.* (*Istit. pr. h. t.* - *fr.* 36 *Dig.*

eod.). Dicesi *Volgare* questa specie di sostituzione, perchè contempla un caso *ovvio* e *comune*, ed è quella che deve essersi affacciata la prima alla mente dei Testatori. Frequente uso ebbe presso i Romani per la importanza, che essi annettevano a morire lasciando eredi, nel nome dei quali i creditori in ogni peggiore ipotesi avrebbero fatto vendere la loro eredità, ed i quali avrebbero proseguito il culto dei loro *sacra privata*. Conferiva ad accrescere l'uso di questa sostituzione, ancora il desiderio di impedire, che venendo meno l'istituzione, non sortissero effetto le altre disposizioni secondarie contenute nel Testamento. La Sostituzione Volgare essendo intesa a supplire alla non accettazione dell'Eredità per parte dello Erede istituito, non ha luogo ogni qualvolta costui l'accetta.

§. 636. La Sostituzione Volgare essendo una istituzione in erede, sebbene in secondo grado, richiede naturalmente le stesse *condizioni* della istituzione, attalchè può sostituire soltanto chi può istituire, o può sostituirsi come istituivasi unicamente mediante un Testamento, e possono essere sostituiti soli quelli che possono essere istituiti. La Sostituzione volgare non richiedeva forme sacramentali; generalmente si usava la formula: *Titius heres esto, si ille heres non erit, Sejus heres esto.* Il Testatore può dunque dire Tizio sia mio erede, se Tizio non lo sarà lo sia Sejo, se Sejo non lo sarà, lo sia Mevio, e così di seguito. Può il Testatore sostituire quante persone vuole in terzo, quarto, ed ulteriore grado: ed ha facoltà perfino in ultimo grado ed in sussidio, di sostituire uno dei suoi servi, che come diremo, è erede *necessario* (*Istit. h. t. pr.*). Gli è lecito sostituire molti eredi ad un solo, e viceversa uno solo a molti; e sostituire l'uno all'altro dei più coeredi istituiti; in quest'ultimo caso la sostituzione dicesi *mutua o reciproca* (*Istit* §. *4 h. t. - fr. 36* §. *1 Dig. eod. - fr. 37* §. *1 Dig. de hered. instit.*). Ha eziandìo la facoltà di sostituire il primo, erede a se stesso, quando per siffatta sostituzione l'istituito risenta vantaggio; e vantaggio risentirebbe se essendo istituito sotto condizione, fosse sostituito a se stesso incondizionatamente (*fr. 48* §. *1 Dig. h. t.*).

§. 637. *Regole* che governano la Sostituzione Volgare, sono le seguenti:

1.º Esistendo più gradi di sostituiti, si ha da ritenere che il sostituito al sostituito, è sostituito all' istituito (*Istit.* §. 3. *h t.* - *fr.* 27, *fr.* 41 *pr*, *fr.* 47 *Dig. eod.* - *fr.* 69 *Dig. de acq hered.* XXIX. 2.). Per esempio se il Testatore avesse detto Tizio sia mio erede, e se non lo sarà lo sia Cajo, e se quest pure non lo sarà lo sia Sempronio: qualora Tizio e Cajo non divenissero eredi, erede sarebbe Sempronio, ancorquando Cajo venisse a mancare prima di Tizio. Parrebbe a prima vista, che Sempronio non essendo sostituito a Tizio, ma invece al sostituito di lui, cioè a Cajo, non dovesse succedere nell' eredità qualora Cajo venisse a mancare prima di Tizio; e sappiamo che alcuni Giureconsulti sostenevano questa opinione (*fr.* 27 *Dig h. t.*); ma Severo ed Antonino fecero prevalere l' opinione contraria (*Istit.* §. 3 *h. t.*), senza dubbio dietro il riflesso, che il Testatore il quale ha fatto tre gradi di sostituiti, ha voluto procurarsi tre eventualità di morire lasciando un erede testamentario, volontà che ha da essere rispettata.

2.º La Sostituzione ha luogo, tanto nel caso che l' istituito *non voglia*, quanto nel caso che *non possa* essere erede; le parole *si heres non erit*, se non sarà erede la persona istituita, parole che suole adoperare il Testatore, comprendono tanto il caso della *noluntà*, quanto quello dell' *impotenza* (*Istit.* §. 4 *h. t.* - *cost.* 3 e 5 *Cod. eod.*). Ove il Testatore abbia espressamente contemplato uno solo di questi casi, si può dubitare se la sostituzione valga anche per l' altro. L' opinione più plausibile si è quella espressa nel volgare adagio: *casus impotentiæ, in se complectitur casum voluntatis*, *et viceversa* (*Istit.* §. 3 *h.* t. - *fr.* 4 *pr. fr.* 27, *fr.* 41 *pr. Dig. eod.* - *fr.* 101 *pr. Dig. de cond.* XXXV, 1 - *cost.* 3 *Cod. de hered. instit.* *IV*, 24 - *cost.* 4 *cod. de impub. et al. substit. VI*, 26).

3.º Il Sostituito si intende chiamato in quella quota di eredità, in cui è chiamato l' istituito, qualora non abbia dei co-sostituiti, chè allora dovrebbe dividere con loro siffatta quota *Istit.* §. 2 *h.* t. - *fr.* 24 *Dig. eod.* - *cost.* 1 *Cod. de impub. et al. substit. VI*, 26).

4º. Le condizioni imposte agli eredi istituiti, non valgono

per i sostituiti, se non sono state espressamente estese anche ad essi (*fr.* 73 *Dig. de hered. instit.* XX*VIII. 5.).*

5.° Nelle Sostituzioni reciproche di più coeredi, si sottintende imposta ad ogni sostituito la condizione, che se vuole entrare come sostituito nella quota di un altro, prima acquisti la quota ereditaria nella quale fu istituito (*fr. 23, fr. 45* §. 1 *Dig. de vulg. et pup. substit.* XX*VIII, 6.*).

6.° La Sostituzione volgare fatta ad un impubere, viene interpretata ancora come sostituzione pupillare, lo che si esprime col volgare ditterio: *la espressa volgare, comprende la tacita pupillare (fr. 4 Dig. h. t. cost. 5 Cod. de hered. Instit. IV, 24).*

§. 638. Non ha effetto la Sostituzione Volgare:

a) quando l' erede istituito accetta la eredità, e la trasmette ai suoi eredi (*cost. 5 Cod. de impub. et al. substit. VI, 26).*

b) quando il sostituito premuore all' istituito (*cost. un.* §. *4 Cod. de caduc. toll. VI,* 51 *).*

c) quando essendo stata apposta una condizione speciale alla sostituzione, questa non si verifica (*fr.* 14, *fr.* 23 *Dig. h.* t. XX*VIII*, 6 *).*

b) Sostituzione pupillare.

Istit Lib. II, Tit. 16 ***de Pupillari Substitutione - Dig. Lib. XXVIII, Tit. 6 de Vulgari et Pupillari Substitutione - Cod. Lib. VI, Tit. 26 de impuberum et aliis substitutionibus.***

§. 639. La Sostituzione Pupillare è una : *Sostituzione, che il paterfamilias fa alla persona costituita sotto la sua potestà, e che in conseguenza della di lui morte non è per ricadere in potestà di altri, prevedendo il caso, che detta persona sia per morire impubere, e così nell' incapacità di fare testamento* (*Istit. pr. h. t. - cost.* 9 *Cod. h. t.*). Tal Sostituzione introdotta dalla consuetudine, (*fr. 2 pr. Dig. h. t.*) sanzionata dalla legge Decemvirale, ebbe l' intendimento di sottrarre il figlio di famiglia all' eventualità di morire senza eredi testamentarj; fu adoperata eziandìo in odio dei più prossimi congiunti del pupillo, che gli sarebbero succeduti ab intestato; e qualche paterfami-

lias pensò con la medesima di sottrarre il proprio figlio alle insidie dei congiunti medesimi, avvegnachè per la esistenza di un testamento fatto da lui pel figlio, perdevano essi la speranza di succedere ab intestato a quest' ultimo, e per conseguenza perdevano ogni interesse ad attentare alla sua vita.

§. 640. La Sostituzione Pupillare è anch' essa una Istituzione condizionale, avvegnachè sia fatta sotto la condizione, che il figlio muoja prima di essere divenuto pubere; è essa pure una istituzione posta sotto un altra principale, poichè il *paterfamilias* non può farla, se non che come un accessorio del proprio testamento; è subordinata all' istituzione principale, di cui seguita la sorte. Può venire considerata come un Testamento, il quale il *Paterfamilias* testando per se, fa ancora pel figlio, e supplendo così, all' impotenza di costui di farlo da per se (*fr.* 2 *Dig. h. t.*). Di qui deriva che nelle nostre Fonti si dice, che è un Testamento su due eredità: *unum testamentum et duarum hereditatum* (*Istit.* §. 2 *h. t.* - *fr.* 2 §. 4 *fr.* 16 §. 1 *Dig. h. t.*). Vero è bene che è in facoltà del *paterfamilias* ordinare la sostituzione, con un testamento separato e distinto dal proprio (*fr.* 20 §. 1 *fr.* 16 §. 1 *Dig. h. t.*), ma questo secondo testamento, sebbene debba avere tutte le formalità ordinarie, e comunque possa essere fatto ad un intervallo di tempo dal primo, in realtà è un accessorio di quello (*fr.* 2 §. 5, *fr.* 38 §. 2 *Dig. de vulg, et pup. substit. XXVIII*, 6). A Roma quando il *paterfamilias* faceva testamento per se e pel figlio in un solo e medesimo atto, soleva sigillare quella parte in cui stava scritta la Sostituzione Pupillare, e ordinava che questa fosse aperta soltanto al verificarsi del bisogno di conoscere la persona sostituita pupillarmente. Per cotal guisa si ovviava al pericolo, che la persona sostituita al pupillo, conoscendo che dalla morte del medesimo dipendeva lo acquisto a proprio favore della eredità di lui, non gli attentasse alla vita (*Istit.* §. 3 *h. t.* - *Gajo II*, 181.). Allorquando il padre fa testamento per se in un atto, e pel figlio in altro atto diverso e separato, nel primo atto deve nominare l'erede per se, nel secondo pel figlio; ma se testa per se e pel figlio in un solo e medesimo atto, ha facoltà di tenere ancora l'ordine in-

verso (*fr. 2* §. *4 - 7 fr. 16* §. *1 Dig. h. t.*). In qualunque caso per altro, la Istituzione pupillare essendo considerata come una parte del Testamento paterno, presuppone necessariamente che il *paterfamilias* muoja istituendo per Testamento un erede; In altri termini il *Paterfamilias* non può sostituire pupillarmente al figlio, se muore *ab intestato* (*fr. 2* §. *fr. 38 Dig. h. t. - Istit.* §. *5 eod. - Ulp. XXIII, 9.*).

§, 641. *Fondamento* della sostituzione Pupillare, è la Patria Potestà: *Causa*, l' impubertà del figlio, e la sua conseguenziale incapacità a testare da per se.

(*a*) *Fondamento* della sostituzione Pupillare essendo la Patria Potestà, non hanno facoltà di sostituire pupillarmente:

1° La madre; essa ha per altro, facoltà di sostituire volgarmente ai figli (*Istit. pr. h. t. - fr. 33 Dig. de vulg. et pup. sostit. XXVIII. 6*).

2° Il padre non può sostituire pupillarmente ai figli *emancipati* (*fr. 2 pr. Dig. eod*) o naturali.

3° L' avo non può sostituire pupillarmente ai nipoti, se dopo la sua morte sono per ricadere nella potestà del padre loro. Tuttavolta la *lex Junia Velleja* ordinò, che se l' avo istituisca o diseredi il nipote, possa ancora pupillarmente sostituirgli, secondo la formula della *lex Velleja* (*fr. 2 Dig. eod*).

(*b*) Causa della sostituzione Pupillare essendo l' *impubertà* del figlio, la sostituzione non può essere estesa oltre gli anni della medesima, e se estesa vi fosse, cesserebbe al cessare di quella (*fr. 14 Dig. h. t.*); ma può essere limitata ad un tempo più breve (*fr. 21 Dig. eod.*)per esempio ai 10 anni.

§. 642. La sostituzione pupillare essendo un Testamento, che il paterfamilias in conseguenza della sua *patria potestas* ha diritto di fare per l' impubere, ne consegue:

1° che la persona la quale ha diritto di sostituire pupillarmente, può nominare un erede per tutti i beni dell' impubere, senza distinzione di loro provenienza, sieno cioè paterni o materni (*fr. 10* §. *5 Dig. h. t.*). Ma l' arrogatore ha facoltà di sostituire pupillarmente all' arrogato, soltanto per quei beni che gli trasferì, o trasmette (*fr. 10* §. *6 Dig. eod.*).

2° Che quegli il quale sostituisce pupillarmente, non è obbligato a nominare a se come erede, la persona alla quale sostituisce. Esempigrazia il paterfamilias ha facoltà, ricorrendo giuste ragioni di diseredazione, di diseredare il figlio, e tuttavìa di sostituirgli pupillarmente (*fr. 1* §. 2 *fr. 10* §. *3 Dig. h. t - Istit.* §. *4 h. t.*), ed in tal caso il sostituito acquisterà il patrimonio, che il pupillo ebbe per parte della madre, o di estranei:

3° che il sostituente può sostituire chi vuole, purchè il sostituito sia persona capace (*fr. 25 Dig. eod.*). Cosicchè egli non è obbligato ad avere riguardo agli eredi legittimi, p. e. alla madre (*fr.* 8 §. *5 Dig. de inoff. testam. V*, 2).

§. 643. Effetto della sostituzione Pupillare, è di fare acquistare al sostituito, tutto quanto compone il patrimonio del pupillo nel giorno della sua morte, ed escludere gli eredi *ab intestato* (*Istit.* §. *4 de pup. substit. II*, *16 - fr. 6 fr. 11 Dig. eod. - cost. 7 Cod. de imp. et al. substit. VI*, *26*). - Ciò nonpertanto qualora taluno sia stato sostituito a più figli impuberi insieme, il sostituito non acquista l' eredità loro, se non dopo la morte dell' ultimo di essi, perocchè alla morte di uno di costoro, gli altri come fratelli germani gli succedono a preferenza del sostituito (*costit. 10 Cod. de impub. et al. subst. VI*, *26*). - Può avvenire, che il sostituito pupillarmente sia stato istituito erede ancora dal sostituente; se in tal caso egli ha adito l'eredità del sostituente, non può poi rifiutare l' eredità del pupillo (*fr. 59 Dig. de acq. hered. XXIX*, *2*), non può separare quelle eredità: deve adirle o repudiarle insieme; ma negli altri casi può repudiare anche la sola eredità del sostituente (*fr. 40 fr. 42 pr. Dig. de acq. hered.* XXIX, 2 - *fr. 10* §. 2, *3 fr. 12 Dig. h. t.*). Essendo più le persone sostituite pupillarmente, esse succedono secondo le regole ordinarie proprie dei coeredi; ma se il sostituente li istituì eziandìo come proprj eredi, si presume che debbano consuccedere nell'eredità del pupillo, nel modo stesso in cui furono istituiti dal sostituente nella sua eredità (*Istit.* §. *7 h. t. - cost 11 Cod. de impub. et al. substit. VI*. *26*).

§. 644. La sostituzione pupillare espressa, implicitamente contiene la sostituzione volgare, insomma la espressa pupillare contiene la tacita volgare, appunto come vedemmo che viceversa

la espressa volgare comprende la tacita pupillare (*fr. 4 Dig. h. t. - cost. 3 Cod. de hered. instit. IV, 24*). Se non che vuolsi avvertire essere una semplice presunzione l'estensione di una di queste sostituzioni all'altra: presunzione che dovrebbe cedere alla prova in contrario, e specialmente alla dichiarazione del testatore in senso opposto (*cost. 4 Cod. de impub. et al. substit. VI, 26*). Vivente la madre del pupillo, l'equità osta ad applicare la presunzione, che l'espressa volgare comprende la tacita pupillare (*cost. ult. Cod. de impub. et al. substit.* VI, 26)

§. 645. La sostituzione pupillare non ha effetto:

(a) quando l'impubere giunge alla pubertà,

(b) o decorre il tempo stabilito dal testatore, se questi limitò la sostituzione ad un tempo più breve dell'impubertà (*fr. 14 fr. 21 Dig. h. t. - Istit. §. 8 eod.*).

c) Se l'impubere prima della morte del Testatore muore, o esce dalla sua potestà (*fr. 17 §. 1 Dig. de adopt. I, 8 - fr. 41 §. 2 Dig. h. t.*).

d) Se il testamento paterno diviene invalido: perchè la sostituzione pupillare essendo un accessorio di quello, seguita le sorti del medesimo (*Istit. e §. 5 h. t.*). Nulladimeno, ove il sostituente avesse istituito erede il pupillo, la sostituzione varrebbe, comunque il figlio succedesse non *ex testamento*, bensì *ab intestato* (*fr. 2 §. 1 Dig. h. t.*). Per la Novella 115. cap. 3. (che derogò al Diritto antico *fr. 8 §. 5 Dig. de inoff. testam. V, 2.*), rimane valida la sostituzione pupillare, nonostante che il Testamento paterno venga dichiarato inofficioso.

c) Sostituzione Quasi-Pupillare.

§. 646. La sostituzione Quasi-Pupillare (così detta perchè analoga alla Pupillare, chiamata anche ***Esemplare*** e ***Giustinianea*** perchè introdotta ad esempio di quella, da Giustiniano) è: ***una istituzione di erede, fatta dal padre o dalla madre, o da un ascendente paterno o materno, nelle sostanze del figlio o discendente, furioso o mentecatto, pel caso che egli morisse in quello stato di alienazione mentale*** (*Istit. §. 1 de pup. substit. II, 16 - cost. 9 Cod. de impub. et al. substit. VI, 26*). Nelle

idee dei Romani il fondamento di questa sostituzione era la carità, l'affetto degli ascendenti verso i discendenti, avvegnachè per lei, quelli intendessero ad impedire che questi morissero senza eredi testamentarj. Ancora la quasi-pupillare è una istituzione *condizionale*, perchè fatta sotto la condizione, che il discendente muoja senza aver ricuperato il bene dell'intelletto, ed è una istituzione collocata secondariamente sotto una istituzione principale, conciossiachè all'ascendente non sia dato farla, se non come un accessorio del proprio Testamento. Differisce la Sostituzione pupillare dalla quasi-pupillare in questo :

a) che la sostituzione pupillare si fonda sulla *patria potestà* del sostituente, la *quasi-pupillare* invece sulla sua qualità di *ascendente*. Laonde mentre vedemmo, che sostituire pupillarmente può il *paterfamilias* soltanto, qualunque ascendente sì della linea paterna come della materna, può sostituire quasi pupillarmente.

b) che la sostituzione pupillare può farsi ancora al discendente diseredato, la quasi-pupillare può farsi soltanto al discendente istituito almeno nella legittima.

c) che pupillarmente si può sostituire chi si vuole, quasi pupillarmente invece deve sostituirsi il più prossimo congiunto del figlio o discendente,

d) che la sostituzione pupillare avendo per causa l'impubertà, la quasi-pupillare l'alienazione mentale, quella cessa con gli anni, questa al cessare della malattìa.

§. 647. Sono estremi della Sostituzione quasi - pupillare i seguenti :

1.° Che la persona cui si sostituisce, sia un figlio, o un discendente erede legittimo (*cost.* 9 *Cod. de impub. et al. subst. VI*, 26).

2°. che la persona, la quale sostituisce, sia un ascendente, senza distinzione fra linea paterna e materna, e senza curare se abbia o no patria potestà, se sia congiunto in un grado prossimo o remoto.

3.° che la malattìa dalla quale è travagliato il figlio o discendente, sia continua, senza lucidi intervalli, e duri fino alla morte: perocchè se il demente recupera la ragione, potendo far

testamento, cade la sostituzione (*cost. 9 Cod. de impub. et al. substit. VI, 26*).

4.° che il discendente cui si sostituisce, non avesse fatto in precedenza all'alienazione mentale, alcun testamento (*Istit. §. 1 quib. non est permis. test. fac. II, 12, - cost. 9 Cod. qui testam fac. poss. VI, 22.*).

5° che il discendente cui si sostituisce, sia stato istituito almeno nella legittima (*Istit. §. 1 de pupill. substit. II, 16 - cost. 7 Cod. de impub. et al substit. VI, 26*).

6.° che il sostituito sia il figlio o altro discendente del furioso, o in mancanza di discendenti, sia un fratello germano o un figlio di tal fratello (*cit. cost. 9 VI, 26.*).

§. 848 Qualora più ascendenti premorti al furioso, avessero tutti sostituito quasi pupillarmente al medesimo, è dubbio quale delle più sostituzioni prevalga. Nelle Fonti del nostro Diritto tal questione non è risoluta, e gli Interpreti pretendendo risolverla, sono andati in diverse sentenze. Vi ha chi pensa, che la sostituzione paterna dovrebbe sempre prevalere. Altri vorrebbe accordata preferenza alla sostituzione dell' ascendente defunto l' ultimo, e non manca chi sostiene, che la sostituzione di ogni ascendente, valga per quei beni che lascia al furioso. Ma sono queste risoluzioni tutte più o meno arbitrarie, perchè ripetesi, i testi tacciono su questo argomento (*Vedi Istit. §. 1 de pup. substit. II, 16 - cost. 1 Cod. de impub. et al. substit. VI, 26.*

§. 649. La sostituzione quasi pupillare non ha effetto:

1.° Cessando la malattìa dell' alienato di mente.

2° Premuorendo egli al Testatore.

3.° Premuorendo all'alienato, il sostituito.

§. 650. Le leggi Romane accordano molti privilegj ai Militari, per riguardo alle sostituzioni; infatti:

1°. I Militari possono sostituire pupillarmente senza testare in precedenza per se, attalchè la loro sostituzione pupillare vale, sebbene il loro testamento sia invalido (*cost. 8 Cod. de impub. et al. subst. VI, 26*).

2° Hanno facoltà di sostituire pupillarmente, non solo ai figli costituiti sotto la loro potestà, ma ancora agli estranei da essi istituiti (*fr. 28 Dig. de testam. milit. XXIX, 1*).

3° Possono sostituire pupillarmente ai loro figli quanto ai beni, che loro lasciano, per oltre gli anni dell' impubertà (*fr. 41 §. 4 Dig. de testam. milit. XXIX, 1 - cost. 8 Cod. de impub. et al substit. VI, 26*).

4° Possono sostituire eziandìo nel caso, che l' istituito fosse stato Erede, senza che perciò la sostituzione rivesta il carattere di restituzione fedecommessaria, qual rivestirebbe pei pagani (*fr. 15 §. 4 Dig. de testam milit. XXIX, 1, - cost. 8 Cod. de impub. et al. substit. VI, 26*). - Ma alla sostituzione fatta *jure militari*, vale a dire con questi privilegj, non è applicabile la regola, che la volgare tacita è compresa nella pupillare espressa (*cit. cost. 8 Cod. VI, 26*).

§. 651. Dalle *Sostituzioni*, delle quali abbiamo ora parlato, importa distinguere le *Restituzioni*, che si verificano nei Fedecommessi. Nelle *Sostituzioni*, il testatore istituisce erede direttamente una data persona, e pel caso in cui *heres non erit*, ne istituisce in secondo grado un' altra, ma sempre direttamente: oppure fa testamento per chi non potrebbe farlo. - Nelle *Restituzioni* invece, l' emolumento che si vuol in altri trasmettere, *non si trasmette direttamente*, ma si conferisce ad una persona intermedia, incaricandola di restituirlo alla persona designata. - Ciò nonstante nelle Fonti del nostro diritto, eziandio le Restituzioni Fedecommessarie sono chiamate *Sostituzioni;* ma per distinguere dalle *Fedecommessarie* le vere Sostituzioni, queste ultime si chiamano *Sostituzioni Dirette* (a).

CAPITOLO V.

Limiti alla libertà di testare

§. 652. Benchè sia incontrastabile il diritto in ogni cittadino di disporre delle sostanze, che gli appartengono, e di disporne eziandìo per dopo la propria morte, la ragione consiglia, l' utilità pubblica comanda, la morale approva, che quella facoltà

(a) La legge del 20 Febbrajo 1789 mentre aboliva ogni vincolo di restituzione Fedecommissaria, lasciava a disposizione di ragione comune le Sostituzioni *Volgare*, *Pupillare*, ed *Esemplare*.

di disporre sia ristretta dentro certi confini. E le legislazioni più famigerate di tutti i tempi, hanno provveduto al bisogno di limitare la libertà assoluta del Testatore, affinchè con tristo esempio non si vedessero beneficate persone immeritevoli, a pregiudizio di quelle. che per vincoli di sangue o di affetto dovevano esserlo di preferenza a chiunque altro. Con questo intendimento le leggi stabiliscono:

I. Quali persone sieno incapaci di esser istituite eredi dal Testatore.

II. Quali persone debbono essere dal testatore espressamente istituite eredi, o espressamente diseredate.

III. Quali persone abbiano diritto ad avere una porzione dei beni del Testatore.

I. PERSONE INCAPACI DI ESSERE ISTITUITE EREDI

Istit. Lib. II, tit. 14 de heredibus instituendis. - Dig. Lib. XXVIII, tit. 5 de heredibus instituendis. - Cod. Lib. VI, tit. 24 de heredibus instituendis, et quæ personæ heredes institui non possunt.

§. 653. Non tutte le persone sono capaci di essere istituite eredi; alcune hanno quella incapacità *Assoluta*, altre *Relativa*.

§. 654. Incapaci assolutamente, erano:

(1°) I servi *proprj*. Se nell' atto dell' istituzione, non erano stati manomessi. Giustiniano contro l' opinione del maggior numero fra gli antichi Giureconsulti (*Gajo II*, 185 - 187 - *Ulp. XXII*, 7 e 12), ordinò, che si considerasse come implicitamente manomesso quel servo, che il padrone aveva istituito erede; la sua istituzione in erede implica dunque, dopo Giustiniano, una Manomissione Testamentaria (*Ist. de hered. instit. II. 14 - oost. 5 Cod. de neces. serv. VI, 27*). Secondo Ulpiano, non era lecito istituire se non che i servi, dei quali si aveva la proprietà quiritaria; e Gajo ricorda un Senatusconsulto, che proibiva di istituire erede il servo proprio, che non aveva 30 anni (*Ulp. XXII, 8 - Cajo II, 276*). Le Istituzioni Imperiali

avvertono, che *servo proprio* è anche il servo di cui il testatore ha la nuda proprietà, ed un altro l' usufrutto (*Istit. pr. de hered. instit. II, 14 - fr. 25 Dig. de verb. signif. L, 16 - fr. 9 §. 20 Dig. h. t.*). In qualunque caso poi, la istituzione del servo proprio in erede, e la conseguenziale manomissione, non dovevano essere intese a sottrarre il servo alla tortura. Per questa ragione Severo ed Antonino annullarono la istituzione di un servo, accusato di adulterio con la sua padrona (*Istit. pr. de hered. instit. II, 14 - fr. 48 §. 2 Dig. h. t. XXVIII, 5*), perocchè il servo per l' istituzione divenendo libero, come uomo libero non avrebbe potuto essere torturato. I *servi altrui* potevano essere istituiti, quando si fosse potuto istituire erede il loro padrone, avvegnachè la istituzione dei medesimi, si reputava come una disposizione mediata a favore del padrone loro, pel quale acquistavano (*Ulp. XXII, 9 - fr. 31, 52 Dig. h. t. XXVIII, 5 - cost. 10 Cod. eod. VI, 24*). Per *servo altrui* si intendeva ancora quello del quale il testatore avesse avuto, l'usufrutto (*Istit. pr. h. t. - fr. 25 Dig. de verb. signif. L, 16 - fr. 1 Dig. de usufr. VII, 1*).

2° I *Peregrini*, i *Deditizj* ed i *Latini Juniani*. Spariti i Deditizj ed i Latini Juniani, incapaci rimangono i Peregrini (*fr. 6 §. 2 Dig. h. t.* XXVIII, 5).

3° Tutti quelli che avevano subito la magna *capitis diminutio*, perchè privi di libertà o di cittadinanza. Diremo fra un momento quali persone in Gius Nuovo, a titolo di pena sieno dichiarati incapaci.

4° Le persone giuridiche (*incerta corpora*), come le Corporazioni e le Cause Pie. Per eccezione, fu in progresso di tempo accordata ad alcune fra queste persone come privilegio speciale, la capacità di essere istituite (*Ulp. XXII*, 6). In Gius Nuovo hanno tale capacità le *Chiese*, le *Piæ Causæ*, i *Comuni*; le altre persone giuridiche l' hanno soltanto, quando ne furono rivestite per speciale concessione (*Gajo II, 195 - Ulpiano XXII, 6 - XXIV, 28 - fr. 20 Dig. de reb. dub. XXXIV, 5 - cost. 1 Cod. de SS. Eccl. I, 2 - cost. 49 Cod. de ep. et cler.* I, 3 *- cost. 8 e 12 Cod. de hered. instit. VI. 24*).

5° Le *personæ incertæ*, vale a dire quelle che il Testatore non ha presenti alla mente in un modo preciso e determinato, come se egli avesse detto: istituisco mio erede chi primo sarà Console dopo la mia morte. Ma Giustiniano permise l' istituzione di quelle persone, che sebbene incerte, potessero posteriormente venire certificate (*Ulp. XXII. 4 - Istit.* §. *25 - 28 delegatis II*, *20 - cost. 49 Cod. de episc. et cl.* I, 3 - *Cod. de incert. pers.* VI *48)*.

6° I *Postumi*, quelli cioè non ancora nati; erano essi considerati come *incertæ personæ* (*Gajo* II, *242*). Si faceva eccezione per i *postumi sui*: Giustiniano permise, che si istituissero anche i *postumi alieni*, che in antico non potevano essere istituiti (*Gajo* II, *242*, *287 - Istit.* §. *28 de legatis* II, 20).

7° I figli dei Perduelli *(cost. 5 Cod. ad legem. Juliam majest.* IX, 8), ma agli ascendenti materni fu lecito lasciare la legittima alle figlie perduelli (*cit. cost.* 5).

8.° Gli Apostati e gli Eretici (*cost. 3 Cod. de Apost. I*, 7 *cost. 4 e 5 Cod. de Hæret. I. 5.*).

9°. I Deportati, ed i Condannati a morte (*cost. 1 Cod. de hered. instit. VI*, *24 - fr. 13 Dig. de bon. poss. XXXVII*, *1*).

10.° I Collegj e le Corporazioni illeciti, e tali sono ancora quelli non approvati dal Principe (*cost·* 8 *Cod. de hered. instit. VI*, *24.*).

§. 655. Oltre queste Incapacità *Assolute*, ve ne erano delle *Relative*. Tali erano:

α In Gius Antico:

a) l' incapacità delle Donne.

b) quella dei Celibi e degli Orbi.

a) Delle Donne. La *lex Voconia*, dell' anno 585 di Roma, proibì a qualunque cittadino, che avesse avuto in patrimonio 100,000 assi o più, di istituire erede una donna (*Gajo II*, *174*), disposizione intesa più presto a favorire la Agnazione, che a reprimere il lusso, come taluni erroneamente pretesero.

b) Dei *Celibi e degli Orbi*. La *lex Julia* ordinò che nessun *Celibe* potesse essere istituito erede; e si consideravano come *Cœlibes* l' uomo scapolo dai 25 fino ai 60 anni, e la Donna dai 20 fino ai 50, se non contraevano matrimonio dentro 100 gior-

ni dalla istituzione (*Gajo II*, 111, 144, 286 - *Ulp.. XVII*, 1 - *XXII*, 3.). Superati i 60 e respettivamente i 50 anni, per la *lex Julia* cessava quest' incapacità, ma il *Senatusconsulto Perniciano* stabilì, che quell' incapacità dovesse essere perpetua. Nondimeno l' uomo, che avendo superato i 60 anni, sposava una donna che non ne aveva 50, pel *Senatusconsulto Claudiano* veniva considerato come se si fosse conjugato prima dei 60 anni. Ma se una donna, che aveva compiuto i 50 anni, sposava un uomo che ne aveva meno di 60, pel *Senotusconsulto Calviziano* non sfuggiva alle pene del celibato (*Ulp.* XVI, 3, 4). I beni lasciati per testamento ai celibi, erano dichiarati *Caduca*, ed attribuiti o al fisco o a' loro eredi - La *lex Papia Poppea* colpiva invece gli *Orbi*, vale a dire coloro che non avevano figli; ordinava che potessero acquistare soltanto la metà di quello che era loro lasciato (*Gajo III*, 286). Faceva di mestieri dunque avere l'*jus liberorum* per essere istituiti ; e per godere di questo *jus*, l' uomo doveva avere *un* figlio, la donna ingenua *tre*, la liberta *quattro* (*fr.* 135 *e* 137 *Dig. de verb. signif. L*, 16.). Un conjuge senza figli, non poteva per la *lex Papia* acquistare, *capere*, dall' altro più di un decimo, del patrimonio (*decimas*), e l' usufrutto del terzo, il quale passava in proprietà, se in seguito il conjuge aveva figli da un altro matrimonio (*Ulp. XV*, *cost.* 2 *Cod. de infirm. pœn orbit. VIII*, 58.). Alla moglie poteva essere legata validamente la Dote; ed inoltre un figlio che moriva dopo che gli era stato imposto il nome (*post nominum diem*), abilitava i Conjugi a ricevere l' uno dall' altro un secondo decimo; quello fra loro che aveva dei figli viventi nati da precedente matrimonio, poteva conseseguire dall' altro conjuge, anche un altro decimo per ciascheduno di quei figli (*Ulp.* X*V*,). Le leggi *Julia e Papia Poppea*, chiamate comunemente *Caducarie*, non si applicavano agli ascendenti ed ai discendenti fino al terzo grado, nè al *celibe*, istituito con l' obbligo di restituire i beni a persona capace di succedere ; e nemmeno a chi morendo lasciava un patrimonio oberato, perchè l' istituzione fatta da quest' ultimo, lungi dal procurare all' erede un guadagno gli cagionava uno scapito (*Ulp. XVIII* - *fr.* 2 *Dig. de legatis II.º* - *fr.* 28 *Dig. de legatis III.º* - *fr.* 16

§. 15 *Dig. ad S, C. Trebell. XXXVI*, 1 - *fr.* 72 *Dig. de hered. instit. XXVIII*, 5.). Le Pene comminate contro gli Orbi ed i Celibi, con lo scopo di favorire i Matrimonj e la procreazione, cui ostavano i perduti costumi, furono abolite da Costantino e da Teodosio II. (*Vedi Cod. Lib. VIII. Tit*: 58 *de infirmandis pœnis cœlibatus, orbitatis et de decimariis sublatis et Tit.* 59 *de Jure liberorum*).

β. In Gius Nuovo rimangono altre incapacità *Relative*. Tali sono : le seguenti :

1.° Il Principe non può essere istituito erede sotto la condizione, che continui una lite pendente fra il Testatore ed un Privato : *institutio Principis, litis causa* (*fr.* 71 *Dig. de hered. instit. XXVIII*, 5 - *Istit.* §. 8 *quib. mod. test. inf. II*, 17.).

2.° La vedova, che si rimarita dentro l' anno del lutto, non può essere istituita erede da un' estraneo (*cost.* 1 *Cod. de sec. nupt.* V, 9 - *Nov.* 22 *cap.* 22.).

3.° Chi ha sposato una vedova dentro l' anno del lutto, non può ricevere da lei per testamento più della terza parte del suo patrimonio (Vedi Vol. I. Lib. 1 §. 172 pag. 314.)

4.° Il Conjuge binubo non può essere istituito in più di quello, che l' altro conjuge lascia ad un figlio del primo matrimonio (*cost.* 6 *Cod. de sec. nupt. V*, 9 - *Nov.* 22 *cap.* 7, 8).

5.° Gli Adulteri non possono reciprocamente lasciarsi cosa alcuna, (*fr.* 13 *Dig. de his qui ut indign. auf. XXXIV*, 9.).

6.° I figli incestuosi, non possono essere istituiti eredi dai loro genitori, nè questi da quelli, nè un genitore dall' altro (*cost.* 7 *Cod. de incest. nupt. V*, 5 - *Nov.* 12 *cap.* 1.).

7.° I figli adulterini, ed i loro genitori, hanno la stessa incapacità (*cost.* 6 *Cod. de incest. nupt. V*, 5 - *Auth. Ex complexu Cod. ibid.*).

8.° I figli nati da Concubinato non possono ricevere dal padre loro, che ha un discendente legittimo, più di un oncia della sua eredità, e la loro madre dall' uomo dal quale li ebbe, più di mezza oncia (*Nov.* 89 *cap.* 12 §. 2.). Se poi non esistono discendenti legittimi, ma soltanto ascendenti, possono essere istituiti eredi, salva per altro la legittima agli ascendenti ; e finalmente se non esistono neppure ascendenti, possono que-

sti figli nati da Concubinato venire istituiti in tutta l' Eredità (*Nov. 89 cap. 12 §. 3*).

9.° I Testimonj intervenuti in un Testamento, come pure coloro che sono ad essi congiunti mediante la *Potestas*, hanno facoltà di ricevere un legato, ma non possono essere istituiti eredi; anzi la loro istituzione rendendoli testimonj incapaci, annullerebbe tutto il Testamento (*Istit. §. 8 - 11 de test. ord. II, 10 - fr. 20 Dig qui test. fac. poss. XXVIII, 1 - cost. 16 §, 1, cost 22 Cod. de testam. VI, 23*).

§. 656. La capacità ad essere istituita erede, deve esistere, nella persona istituita, in *tre momenti*:

1.° Nel momento della fazione del Testamento.

2.° Nel momento della morte del Testatore, ossia della *Delazione* dell' Eredità.

3.° Nel momento dell' acquisto, o *Adizione* dell' Eredità (*Istit. §. 4 de hered. qualit. et diff. II, 19*). Non importa che nell' intervallo fra il primo momento ed il secondo, temporariamente quella capacità venga a mancare, perchè in questo intervallo non vi ha che una speranza per l' istituito, e nel momento in cui la speranza si realizza, egli è capace (*fr. 49 §. fr. 59 §. 4 fr. 2 pr. Dig. de hered. instit. XXVIII, 5*). Ma è necessario che la capacità continui nell' istituito durante l' intervallo, che corre fra il *secondo* momento ed il *terzo*, cioè fra il momento della morte del Testatore, ed il momento dell' acquisto dell' Eredità (*fr. 29 §. 5 Dig. de liberis et post. XXVIII, 2 fr, 3 §. 1 de his quæ pro non script. XXXIV. 8.*). Vuolsi avvertire, che se la istituzione fosse condizionale, non importerebbe che la capacità dell' istituito esistesse il giorno della morte del testatore, quando d' altronde essa esistesse il giorno della verificazione della condizione: perchè soltanto in questo giorno, e non in quello della morte del Testatore, la speranza di essere erede si realizzerebbe. (*fr. 59 § 4 de hered. instit. XXVIII, 5 - fr. 6 §. 2 fr. 9 §. 16 fr. 50 Dig. eod. fr. 46 Dig. de manum. testam. XL, 4*). (1).

(1) La legge del 2 Marzo 1769, con le successive Istruzioni per i Notari, del 1771, dichiara incapaci di essere eredi:

1° quei corpi indefettibili, che si chiamano Mani-Morte, come i Collegj, le Corporazioni, le Università;

2° quelle persone immaginarie, che per esistere debbono essere rappresentate da esecutori e amministratori;

3° i Religiosi professi dell'uno e dell'altro sesso, dopo che hanno fatto la professione solenne.

Per le nostre Leggi, le Mani-Morte si distinguono in Laicali ed Ecclesiastiche. - Quasi tutte le Laicali sono state dichiarate esenti dalla Legge generale, che le priva della testamentifazione passiva. Di qui la distinzione fra Mani-Morte Esenti e non Esenti.

La incapacità delle Mani-Morte non Esenti soffre quattro eccezioni:

1° Possono acquistare per una somma non maggiore di 100 zecchini;

2° possono acquistare, se la persona che dispone a loro favore è un Mercante del porto di Livorno, od un Forestiero che lascia loro dei Crediti Pubblici, o dei così detti Luoghi di Monte;

3° possono acquistare nella Provincia Inferiore di Siena;

4° possono acquistare se si tratta di opere interessanti la pubblica Pietà. - In questo caso peraltro, affinchè l'acquisto sia valido è necessario:

a) che il disponente non abbia agnati o cognati nella linea discendentale e ascendentale, o congiunti nel primo, secondo e terzo grado civile;

b) che avendoli, disponga soltanto della vigesima parte dell'asse ereditario depurato dai debiti, la quale non deve oltrepassare mai i 500 Scudi;

c) che i beni stabili dell'acquisto, siano allivellati o venduti per rinvestirne il prezzo in tanti Luoghi di Monte.

La Professione Religiosa, per la citata Legge del 1769, porta la morte civile. - Di quì l'incapacità del Professo ad acquistare per atti *inter vivos* e *mortis causa*. Ma tale incapacità va soggetta ad alcune limitazioni:

1° può il Professo nell'atto della renunzia che precede la Professione, riserbarsi un annuo livello, non maggiore di Scudi 100, purchè non oltrepassi la *vigesima* parte di tutto l'asse ereditario, depurato dai debiti;

2° può, durante la Professione, ricevere Legati, o per una volta soltanto, o vitalizj, dai parenti paterni e materni di primo, secondo, e terzo grado civile, purchè non eccedano la somma di Scudi 100, e sieno pagati in danari effettivi.

Le fin qui dichiarate, sono Incapacità *Assolute*. - Incapacità *Relative* sono le seguenti:

1° I figli Incestuosi e Adulterini, sono incapaci di ricevere, ed i loro Genitori sono inabilitati a disporre in qualunque caso a favore di essi, fuori che di una somma annua o mensile, proporzionata agli alimenti necessarj (*art.* 8 *della legge del* 15 *Novembre* 1814, *Tit.* 4).

2° Nel concorso di figli e discendenti legittimi, i genitori non possono disporre a favore dei figli naturali e loro discendenti, se non dentro la misura della porzione minore, che hanno lasciato al di là dell'importare della legittima, ad uno dei medesimi figli e discendenti legittimi, purchè non ecceda la sesta parte dell'eredità disponibile (*cit. leg. art.* 7).

3° Sono incapaci di ricevere quelli che non sono nati, o almeno concepiti, nel giorno della morte del disponente. Se peraltro, la disposizione è fatta a favore dei figli nati o concepiti da un matrimonio certo e determinato, non è proibito di comprendere nella disposizione stessa, e renderne partecipi degli effetti anche gli altri figli, che potessero nascere in futuro dallo stesso matrimonio (*art.* 10).

4° Il conjuge binubo, che ha dei figli o discendenti del precedente ma-

II. Persone che debbono essere necessariamente istituite eredi, o espressamente diseredate.

Istit. Lib. II, Tit. 13 de Exheredatione liberorum - Dig. Lib. XXVIII, Tit. 2 de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis, - Cod. Lib. VI, Tit. 28 de liberis præteritis vel exhèredatis. - Tit. 29 de postumis instituendis vel exheredandis vel præteritis.

§. 657. La legge Decemvirale dichiarando: *uti legassit suæ rei, ita jus esto*, accordava al *Paterfamilias* un potere illimitato di disporre delle cose sue; ma questo potere in progresso di tempo venne limitato dalle Leggi e dalla Giurisprudenza Pretoria ed Imperiale (*fr. 120 Dig. de verb. signif. L, 16.*). Fu dalla Giurisprudenza stabilito, che gli *Heredes sui* dovessero essere istituiti, o espressamente diseredati. Dicevansi *Heredes sui*, i figli o nipoti, i quali erano sotto la immediata potestà del *paterfamilias*, i quali dunque non erano separati da lui per nessuna persona intermedia. Tali erano i figli non emancipati, nè dati in adozione: tali i nipoti, il padre dei quali era uscito dalla *familia* del loro avo, per morte o per *capitis diminutio*.

trimonio, non può disporre a favore del conjuge superstite, nè a favore dei di lui congiunti sì ascendenti che collaterali, sino al quarto grado civile inclusive, se non che di una porzione eguale a quella minore porzione di cui abbia disposto, oltre la legittima, a favore di uno dei figli e discendenti del primo o altro matrimonio (*art.* 6).

5º Nel caso di esistenza di figli del comune matrimonio, un conjuge non può disporre a favore dell'altro, se non che dell'usufrutto della sua Eredità, dopo prelevata la legittima dei figli o discendenti, o sivvero della quarta parte in proprietà dell'Eredità medesima (*art.* 4).

6º Il Minore fatto maggiore, è inabilitato a disporre a favore del suo Tutore, prima che il Tutore abbia reso legittimo conto della tutela (*art.* 2).

7º I Testimonj che intervengono all'atto, il Notaro che se ne roga, i di lui ascendenti e discendenti, la di lui moglie, e i di lui collaterali ed affini fino al terzo grado civile inclusive, sono tutti incapaci di ricevere per mezzo di testamento, codicillo, o donazione per causa di morte, eccettuato il caso del testamento solenne (*art.* 11).

I Forestieri non sono incapaci di ricevere per qualunque atto di ultima volontà, se non nel caso, e nel modo stesso con cui i sudditi dello Stato Toscano sono resi incapaci dalle leggi del paese, al quale appartengono i forestieri medesimi (*art.* 14).

§. 658. *Heres suus*, secondo alcuni significa Erede di *se stesso*, ma più probabilmente vuole dire Erede di *suo diritto o per suo diritto*. Ed in vero *gli Heredes sui* succedevano nei beni del loro *paterfamilias* per un diritto proprio, in virtù della legge, che quel diritto loro riconosceva; era per *vocazione* legislativa che succedevano, tanto che acquistavano l' eredità a loro insaputa, ed anche contro loro voglia, e si diceva che piuttosto che acquistare una proprietà nuova sulle cose componenti il patrimonio familiare, continuavano quella che già avevano. conseguendone per altro più libera amministrazione; *non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam administrationem consequuntur* (*fr.* 11 *Dig. de lib. et post. XXVIII, 2.*); ed in vero anche vivente il *paterfamilias, quodammodo domini existimantur*, (*Istit.* §. 2 *de hered. qualit. II*, 19). Il *paterfamilias* per escluderli dall' Eredità, doveva o farli uscire dalla famiglia, o dichiarare espressamente che non li voleva eredi, cioè doveva *diseredarli*. E per diseredarli, era necessario una legge, legge speciale di eccezione alla legge generale, che li chiamava a succedere: egli è per questo, che il Testamento nei primi tempi si faceva come una legge (Vedi Vol. I. Lib. 1 §. 45 pag. 97 Lib. II. §. 13 pag. 421. - Vedi sopra in questo Volume II.° §. 599 pag. 373).

§. 653. L' *Heres suus*, figlio maschio, doveva essere diseredato nominatamente (*nominatim*), vale a dire in un modo preciso; ma non importava che fosse pronunziato il suo nome; bastava che il Testatore dicesse: *filius meus exheres sit* quando aveva un solo figlio, o se ne aveva più che dicesse: *filii mei exheredes sunto* (*Gajo II.* 127, 128 - *Ulp. XXII*, 20 - *Istit. pr. h. t. II*, 13.). La figlia, il nipote, e la nipote, abbenchè essi pure sotto la immediata potestà del Testatore, potevano essere diseredati, ma non era necessario diseredarli *nominatim*: bastava che il Testatore, istituito l' erede estraneo, dichiarasse *ceteri exheredes sunto*; il che dicevasi diseredare *inter ceteros*. Qualora il figlio, sul quale il padre aveva la *patria potestas*, fosse stato diseredato da lui, non già *nominatim*, ma *inter ceteros*, o fosse stato da lui passato sotto silenzio (*præteritus*), il Testamento era *nullo*, quand' anche questo figlio fosse venuto a

morire, prima del Testatore (*Gajo II*, 115, 123 - *Ulp. XXII*, 16 - *Istit. h. t. pr. II*, 13.). Ma ove la figlia, il nipote, o la nipote, non fossero stati diseredati *inter ceteros*, nè istituiti, il Testamento non era nullo; se non che queste persone passate sotto silenzio, o *preterite*, avevano diritto di ottenere una porzione dell' eredità: *jus autem accrescendi eis ad certam portionem præstabatur* (*Ulp. XXII*, 17 - *Gajo II*, 124 *Istit. h. t. pr. II*, 13.), vale a dire se l' Erede istituito era un *estraneo*, avevano diritto alla metà della successione; se era un *heres suus*, la figlia aveva una quota virile, il nipote o la nipote la quota virile, che sarebbe spettata al loro genitore (*Ulp. XXII*, 17). Ulpiano colloca fra le persone che bisognava istituire o diseredare, ancora la moglie in *manu*, e la nuora in *manu filii*, perchè la prima era *loco filiæ*, la seconda *loco nepotis* (*Ulp. XXII*, 14, 17 - *Cajo II*, 124). Un Editto di Augusto, aveva proibito di diseredare il figlio mentre militava (*miles*), ma questa disposizione legislativa era stata annullata ai tempi di Paolo (*fr.* 26 *Dig. de lib. et post. XXVIII*, 2). E ciò sia detto per riguardo ai figli e nipoti, che all' epoca della fazione del Testamento, erano sotto l' immediata potestà del Testatore. Ora dei Postumi.

§. 660. *Postumi*, nel senso proprio della parola, erano i figli nati dopo la morte del padre loro (*fr.* 5 §. 1 *Dig. de inj. rupt. XXVIII.* 3), ed in materia testamentaria, i figli nati dopo la morte del Testatore. Costoro non potevano essere istituiti, perchè prima della morte del Testatore, erano per lui persone incerte, e *incerta persona institui non potest* (Ulp. XXII, 4 e Vedi sopra §. 654 pag. 413). Accadeva talvolta, che il Postumo nascendo, nascesse *heres suus* del Testatore defunto, vale a dire tale, che supposto vivo il Testatore nel momento della nascità del Postumo, questi si sarebbe trovato immediatamente sottoposto alla potestà di quello, esempigrazia se il Testatore morendo avesse lasciata inciuta la propria moglie, o la vedova del proprio figlio. Allora per tale *agnazione* del Postumo, il Testamento era rotto (*ruptum*); e con ragione, avvegnachè sarebbe stato iniquo, e perfino contradittorio alla presunta volontà del Testatore, conservare validità ad un Testamento,

che spogliava dell' eredità quel postumo. Ad evitare i danni derivanti dalla rottura del Testamento, fu permesso al Testatore di istituire, o di espressamente diseredare il Postumo: anzi gli fu imposto l' obbligo di farlo, se voleva evitare che il suo testamento fosse invalido. Aquilio Gallo immaginò una formula, conservataci nelle Pandette (*fr. 29 pr. Dig. de lib. et post. XXVIII, 2*), mediante la quale si potè fare tale istituzione o diseredazione. Inoltre con quella formula, l' avo *paterfamilias* potè, vivente il proprio figlio, istituire o diseredare il nipote, che dopo la sua morte, e quella del figlio, potesse nascere dalla vedova del figlio stesso, e che in conseguenza della morte del padre, e poi di quella dell'avo, sarebbe nato *sui juris* e *heres suus*. Questa maniera di Postumo, lo chiamano *Aquiliano*. Fu costume di diseredare o *nominatim*, o *inter ceteros* i postumi femmine, ma in quest' ultimo caso si doveva loro lasciare una qualche cosa, affinchè non sembrasse, che fossero stati preteriti per dimenticanza; era obbligo diseredare *nominatim* i postumi maschi, dicendo: *quicumque mihi filius genitus erit, exheres esto* (*Gajo III, 132 - Ulp. XXII, 21 22 - Paolo III, 4, 9 - Istit. §. 1. h. t. II, 13 - fr. 3. Dig. de inj, rupt. XXVIII, 3*).

§. 661. *Quasi Postumi* (*postumorum loco*) si dicono coloro, che divenivano *heredes sui* del Testatore, dopo la fazione del suo Testamento, ma lui vivente. Rimediare agli inconvenienti della rottura del Testamento, conseguenza della loro *quasi - agnazione* era agevole al Testatore, bastando a quest' effetto che egli facesse un nuovo testamento, col quale li istituisse o diseredasse; ma per evitare il bisogno di rifare il Testamento, la *lex Junia Velleja* (dell' anno 763 dalla fondazione di Roma) dispose in guisa da impedire che la loro nascita rompesse il Testamento. Questa Legge aveva due capitoli; nel primo permetteva di istituire o di diseredare i figli non ancora nati all' epoca della fazione del testamento, e che dopo di quella potessero nascere *heredes sui* del Testatore, (*fr. 29 §. 12 Dig. de lib. et post. XXVIII, 2*); nel secondo capitolo prevedeva il caso, che il Testatore all' epoca della fazione del testamento, avesse sotto la sua *patria potestas* un figlio, ed un figlio del

figlio, ossia un nipote; il Testatore avrebbe potuto in questa emergenza istituire quel nipote, perchè era già nato, ma non doveva nè poteva diseredarlo, perchè non essendo immediatamente sottoposto alla *potestas* del Testatore, non era un *heres suus*. Ma se il figlio del Testatore fosse morto, o per qualunque altra ragione fosse uscito dalla sua patria potestà, il nipote avrebbe acquistato la qualità di *heres suus*, e come tale avrebbe rotto il testamento dell' avo, nel quale non fosse stato istituito, e col quale non poteva essere diseredato. Il secondo capitolo della *lex Junia*, per evitare tal rottura di testamento, permise al Testatore non già di istituire tali postumi, chè istituiti potevano essere, ma di diseredarli (*fr. 29 §. 13 e 14 Dig. de lib. et post. XXVIII, 2*), alla pari dei postumi, *ad similitudinem postumorum* (*Istit. §. 2 de exh. lib. II, 13*). Chiamano *Postumi Vellejani*, o *quasi-Postumi*, questi cui la legge *Junia* si riferiva.

§. 662 Ma oltre questi casi fin qui contemplati, potevano occorrerne altri nei quali taluno venendo sotto la immediata potestà del Testatore, rompesse inevitabilmente il suo testamento; tali erano i seguenti:

(*a*) In Gius Antico:

1°. quando una donna veniva nella *manus* del Testatore:

2° quando il figlio che egli aveva mancipato, dopo una prima o seconda mancipazione, ritornava nella sua patria potestà,

3° quando il figlio nato dal matrimonio con una donna peregrina o latina, sposata come cittadina Romana, provava che matrimonio era stato contratto di buona fede (*causae probatio*).

(*b*) In Gius Nuovo:

1° se il figlio prigioniero di guerra, ritornava in patria in maniera, che gli fosse applicabile l' *jus postliminii*.

2° se per la morte dell' avo, il figlio trovandosi a divenire *paterfamilias*, riceveva sotto la sua immediata potestà, i proprj figli, nipoti del defunto.

3° se il testatore adottava o arrogava qualcuno.

§. 663. Il Diritto Civile non imponeva di istituire o di diseredare i figli *emancipati*, perchè non essendo più sotto la patria potestà del Testatore, non erano più *heredes sui*. Ma il Pretore avendoli poi col suo Editto chiamati a succedere alla

pari degli *heredes sui*, in quella parte dell' Editto dove trattava dei figli (*Unde liberi*), ordinò che tutti, senza distinzione di sesso, se non erano istituiti fossero diseredati: i maschi *nominatim*, le femmine *inter ceteros*. E se non erano istituiti nè diseredati in questa guisa, il Pretore dava loro la *bonorum possessio contra tabulas* (*Gajo II*, 135 - *Ulp. XXII*, 23, *XXVIII*, 2 - *Istit.* §. 3 *de exh. lib. II*, 13.).

§. 664. I figli *adottivi*, finchè erano nella *potestas* dell' adottante, si trovavano nella condizione stessa dei figli nati da *justæ nuptiæ*, dovevano dunque essere istituiti o diseredati; ma se erano emancipati dall' adottante, cessavano di essere *heredes sui*, e non avendo dunque più nessun diritto sulla sua eredità, potevano essere preteriti. A rigore, costoro mediante l' Adozione essendo usciti dalla patria potestà del loro padre legittimo e naturale per entrare in quella del padre adottivo, non avrebbero avuto più nessun diritto di successione nella famiglia di quel primo, ma il Pretore avendoli con l' Editto chiamati a succedere alla pari degli *heredes sui*, dovè istituirli o diseredarli altrimenti il Pretore loro accordava la *bonorum possessio contra tabulas*.

§. 665. Tale era lo stato delle cose prima di Giustiniano, ma egli con una sua costituzione (*cost. 4 Cod. de lib. præt. vel exhered. VI*, 28), ridusse la legislazione a maggiore semplicità ed uniformità, tanto per i figli, quanto per le figlie e per gli altri discendenti di linea mascolina, sia che fossero nati, sia che fossero nasciturì, ordinando che tutti, o fossero *sui* o emancipati, dovessero essere istituiti eredi o diseredati *nominatim*, in guisa che la loro preterizione producesse indistintamente l' invalidazione del Testamento, e la revoca dell' eredità, per gli eredi istituiti. Circa ai figli adottivi, con una sua costituzione (*cost. 10 Cod. de adopt. VIII*, 48), avendo distinto il caso in cui l' adottante fosse un ascendente dell' adottato (*adoptio plena*) dal caso in cui fosse un estraneo (*adoptio minus plena*) ed avendo ordinato, che nel primo caso l' adottato rimanesse nella potestà del padre naturale (Vedi Vol. Lib. I §. 124 pag. 264.) questi dovè istituire o espressamente diseredare quello; il padre adottivo poi, non fu obbligato nè ad istituirlo nè a di-

seredarlo. Nel secondo caso (*adoptio plena*) rimase in vigore il diritto antico, quale è esposto nel paragrafo antecedente.

§. 666. La Madre e l'avo materno, non erano obbligati ad istituire, o diseredare i loro figli: potevano preterirli, e questa preterizione si parificava ad una diseredazione paterna. La diseredazione era richiesta in conseguenza dei vincoli della patria potestà, e questi non esistendo fra la madre ed i figli, fra l' avo materno ed i nipoti *ex filia*, non faceva di mestieri istituire o diseredare quei figli o nipoti. Vedremo per altro, come in tal caso, i figli e nipoti ebbero un rimedio contro tal preterizione, nella *querela inofficiosi testamenti* (*Gajo, III, 71 - Paolo IV, 5 2 - cost. 15 Cod. de inoff. testam. III, 28 - Istit.* §. *7 de exh. lib. II, 13.*).

§. 667. La teorìa della diseredazione quale apparisce dalle Istituzioni, dalle Pandette, e dal Codice, sembrò a Giustiniano bisognosa di riforme ulteriori, che egli eseguì con la sua Novella 114. cap. 3 e 4, riducendola a poche regole, che andiamo ad esporre:

I. Tutte le persone, cui è dovuta la *Legittima*, devono essere necessariamente istituite, o diseredate espressamente (*Nov. 115 cap. 3 pr.*). Diremo fra breve come per *Legittima* si intende: quella *quota di beni, che per la legge deve essere lasciata alle persone, le quali avrebbero succeduto ab intestato*. Queste persone, che hanno diritto alla Legittima, sono come vedremo, i discendenti, e gli ascendenti. - I fratelli, sia germani, sia consanguinei, di qualunque sesso, hanno diritto alla legittima, soltanto quando è loro preferita persona turpe.

2.° La diseredazione ha da essere, fatta come la istituzione in un testamento, e come quella deve essere fatta *puramente*, non sotto condizione (*fr. 3* §. *1 fr. 13* §. *2 fr. 29* §. *10 Dig. h. t. XXVIII, 2 - fr. 18 pr. Dig. de bon. poss. cont. tab. XXXVII, 4*).

3.° La diseredazione deve essere da tutta la eredità, avvegnachè l' istituito, anche in una meschinisssima somma, non sia diseredato; e con l' azione *expletoria* possa ottenere quanto manca a compiere la porzione legittima dovutagli (*fr. 19 Dig. h. t. XXVIII, 2.*).

4.° La diseredazione, nel caso che esistano più gradi di eredi sostituiti, deve essere *fatta da tutti i gradi*: *ab omni gradu* (*fr.* 3 §. 2 - 5 *Dig. h. t.* XXVIII, 2).

5.° La diseredazione deve essere fatta per giusta causa, che il testatore ha da esprimire nel testamento (*Nov.* 115 *cap.* 3 *pr.*). Ricordiamo, che chi non fu istituito nè diseredato espressamente, dicesi preterito (*præteritus*). Cause giuste di diseredazione e di preterizione non sono quelle, che il Testatore reputa tali, bensì quelle che la legge enumera. Siffatta enumerazione occorre nella citata Novella 115 cap. 3, e 4. Alcune di queste cause, e sono 14, autorizzano i genitori a diseredare o preterire i figli (*Vedi Nov.* 115 *cap.* 3); altre, e sono 8, autorizzano i figli a diseredare o preterire i genitori (*Nov.* 115 *cap.* 4).

Cause per le quali i Genitori possono diseredare i propri Figli.

§. 668. Sono queste:

1° Se i figli si rendono colpevoli di vie di fatto verso i genitori.

2° Se li ingiuriano gravemente.

3° Se li accusano di un delitto, che non è diretto contro lo Stato, o il Principe.

4° Se frequentano avvelenatori, e se prendono parte a dei veneficj.

5° Se attentano alla vita dei genitori in qualunque modo.

6° Se il figlio ha commercio carnale con la matrigna, o con la concubina del padre

7° Se il figlio accusa falsamente i suoi genitori, e cagiona loro così un grave danno patrimoniale.

8° Se il figlio non ha voluto prestare mallevadorìa, o pagare pel padre, per liberarlo dalla carcere.

9° Se il figlio ha impedito, che suo padre testasse, o modificasse il testamento già fatto.

10° Se il figlio si arruola contro il divieto dei genitori in una compagnìa di mimi, di istrioni, di gladiatori, e seguita a farne parte, nonostante le dissuasioni paterne.

11° Se la figlia o la nipote, che aveva occasione di con-

trarre un onesto matrimonio, alla quale il padre aveva offerto collocazione e dote, ha preferito darsi alla prostituzione.

12° Se i figli non presero cura dei loro genitori affetti da demenza.

13° Se non riscattarono i loro genitori dalla schiavitù.

14° Se i figli di genitori ortodossi, si fecero eretici

Cause per le quali i figli possono diseredare o preterire i genitori.

§. 669. Sono queste in minor numero, perchè gli obblighi dei figli verso i genitori sono più numerosi, che gli obblighi di questi verso di quelli. Tali cause si riducono alle seguenti:

1° Se il padre o la madre, accusarono il figlio di un delitto capitale, purchè non sia diretto contro la sicurezza dello Stato, o contro il Principe.

2° Se i genitori attentarono alla vita dei figli.

3° Se il padre ebbe commercio illecito con la concubina, o con la moglie del figlio.

4° Se i genitori impedirono ai loro figli di testare dei beni, dei quali la legge li autorizza a disporre per testamento.

5° Se il padre abbia propinato il veleno alla madre, o viciversa, questa a quello, od in altra guisa abbia l'uno attentato alla vita dell'altro.

6° Se i genitori, non abbiano preso cura dei figli alienati di mente

7° Se i genitori non hanno tentato di liberare i figli dalla schiavitù.

8° Se i genitori di un figlio ortodosso, si sieno fatti eretici.

§. 670. Dall'esame di queste cause si rileva, che in Gius Nuovo non lice diseredare o preterire i postumi, essendo impossibile che per loro ricorra una delle medesime. Altre cause diverse da queste, per Diritto Romano non legittimerebbero la diseredazione, o preterizione; ma in pratica se ne ammettono per analogìa delle consimili. Si può dubitare, se la riconciliazione avvenuta fra genitori e figlio, tolga la facoltà di diseredare per quel motivo, che fu condonato. È da credere, che nono-

stante la riconciliazione, debba riuscire efficace la diseredazione già eseguita, essendochè ove il Testatore avesse voluto abolirla, l'avrebbe fatto con un successivo testamento; nulladimeno provata la volontà del Testatore di togliere via la diseredazione, e l'impotenza in cui si trovò di farlo, non verrebbe attesa.

§. 671. I fratelli e sorelle hanno diritto alla legittima, lo abbiamo detto, soltanto quando è loro preferita una persona turpe, ma non è necessario di istituirli o di diseredarli espressamente; basta che la legittima sia loro lasciata in un modo qualunque.

§ 672. È lecito fare una diseredazione con buona intenzione (*bona mente*), ogni qualvolta sia da temere che l'eredità lasciata all'erede necessario corra pericolo di venire dissipata (*fr* 3 §. 5 *Dig. de usur.* XXII, 1); p. e. può diseredarsi il figlio demente o prodigo, lasciandogli gli alimenti ed istituendo eredi i suoi figli (*fr. 16* §. *2 Dig. de curat. fur. XXVII, 10*). Il figlio impubere può venire diseredato, imponendo all'erede istituito l'obbligo di mantenerlo, e di restituirgli l'eredità, come un fedecommesso, giunto che sia alla pubertà (*fr. 18 Dig. de lib. et post.* XXVIII, *2*).

III, Quali Persone abbiano diritto per legge a una porzione dei beni del Testatore.

Istit. Lib. II, Tit. 18 de inofficioso testamento - Dig. Lib. V. Tit. 2.o eodem. - Cod. Lib. III, Tit. 28 eodem.

§. 673. La legge impone al Testatore di lasciare a quelle persone, che gli sarebbero succedute, ove egli fosse morto ab intestato, una porzione del suo patrimonio, porzione detta *Legittima*, perchè fissata dalla Legge. L'imposizione di quest'obbligo, fu quasi una transazione fra il principio che favorisce nel cittadino l'assoluta libertà di disporre dei suoi beni per dopo la propria morte, e l'altro principio di equità, che vuole si abbia riguardo ai più stretti congiunti. L'obbligo di istituire o di diseredare i figli *sui* ed *emancipati*, del quale abbiamo trattato nei paragrafi antecedenti, era una limitazione alla liber-

tà di testare più che altro di forma, perocchè prima della Novella 115, se egli avesse osservato le forme della diseredazione, aveva facoltà di non lasciare loro cosa alcuna; ed era un obbligo che faceva carico al *paterfamilias* soltanto; ma a lato a quest' obbligo surse quello, del quale andiamo a trattare adesso, che faceva carico anche alle donne, e che tornava vantaggioso non solamente ai figli, bensì a tutti gli eredi legittimi del Testatore.

§. 674. Sembra che in origine, le leggi Romane non determinassero la quantità della Legittima, e che fosse rimesso alla coscienza dei Giudici il decidere, se quello che era stato lasciato alle persone, le quali avrebbero avuto diritto di succedere *ab intestato*, fosse sufficente a sodisfare al dovere, che l' equità imponeva di non pregiudicarle di soverchio mediante il testamento. Ma negli ultimi anni della Repubblica (anno 794) sotto il titolo di *Lex Falcidia*, fu emanato un Plebiscito, di cui dovremo tornare a parlare con più diffusione in materia di Legati, pel quale si ordinava, che qualunque erede istituito, non potesse essere onerato di legati o fedecommessi, oltre i *tre quarti* della quota ereditaria nella quale era stato istituito, talchè un *quarto* di questa dovesse rimanergli libera. Sia che tale *lex Falcidia* contenesse formalmente una disposizione analoga a favore dei più stretti congiunti non istituiti eredi, sia che quella legge per interpretazione estensiva venisse applicata a loro favore, certo è che a queste persone, le quali sarebbero succedute se non vi fosse stato Testamento, fu accordato lo stesso diritto, che agli eredi istituiti, di godere cioè almeno del *quarto* dei beni, nei quali avrebbero dovuto succedere. Tale è l' origine assai incerta di questa quota o porzione legittima (*portio legitima*), che una Costituzione di Teodosio e Valentiniano appella *Falcidia*, che in altri testi è detta *portio legibus data* (*Cod. Theod. cost.* 28 *Lib. 16 Tit 7 cost 28, 30 e 31 Cod. h. t. III*, 28), e che gli interpreti del Diritto Romano chiamano *Legittima*.

§. 775. La legittima è dovuta alle persone, le quali sarebbero succedute *ab intestato*, e che andiamo ad enumerare:

I. Ai *Discendenti* (*Istit.* §. 5 *de exher. lib. II*, 13 - §. 1 *de inoff. testam II*, 18 - *fr.* 6 §. 1, *fr.* 29 §. 1 *Dig. de inoff. testam. V*, 2 - *fr.* 8 §. 2 *Dig, de lib. et post. exhered. XXVIII*, 2 - *Nov.* 115 *cap.* 3). cioè

a) ai figli legittimi e legittimati, emancipati o no, è dovuta dal padre e dalla madre.

b) ai nipoti, in mancanza del padre loro, è dovuta dai loro respettivi avi paterni e materni,

c) ai figli naturali, è dovuta soltanto dalla loro madre naturale.

d) ai figli, che l' ascendente adottò, è dovuta dall'ascendente medesimo.

e) agli arrogati, è dovuta dall' arrogatore. Ma così a questi adottati pienamente, come agli arrogati, non è dovuta dal loro padre naturale (*Istit.* §. 4 *de exh. lib. II*, 13 - §. 2 *de inoff. testam. II*, 18 - *cost.* 10 *Cod. de adopt. VIII*, 48.). Agli adottati meno pienamente, è dovuta dal padre naturale soltanto. I figli adottati da una Donna, hanno diritto di esigere la legittima da questa loro madre adottiva (*cost.* 5 *Cod. de adopt. VIII*, 48). In mancanza di discendenti, hanno diritto alla legittima:

II. Gli *Ascendenti*, che avrebbero avuto diritto di succedere *ab intestato*. (*Istit.* § 1 *de inoff. testam. II*, 18 - *fr.* 1, *fr.* 15 *pr. fr.* 30 *pr. Dig de inoff. testam. V*, 2.).

I Fratelli e le Sorelle *germani e consanguinei* del Testatore hanno diritto alla Legittima, solamente quando sia stata da lui istituita una persona turpe (*Istit.* §. 1 *de inoff. test. II*, 18). I fratelli e sorelle *uterini*, ed i figli dei fratelli e sorelle, non hanno diritto alla Legittima (*cost.* 27 *Cod. de inoff. testam. III*, 28 *fr.* 1 §. *Dig. eod. V*, 2).

§. 676. La legittima dei *Discendenti* era prima di Giustiniano la *quarta* parte dei beni, nei quali sarebbero succeduti *ab intestato* (*Istit* §. 6 *de inoff. test. II*, 18 - *fr.* 8 §. 6, 8 *Dig. eod. V*, 2 - *cost.* 29 *Cod. eod. III*, 28), ma quello Imperatore con la *Novella* 18 *cap. I*, ordinò che fosse il *terzo* se fossero quattro, o meno di quattro; e se fossero più di quattro, la *metà*. Per gli *Ascendenti* e pei *Fratelli e Sorelle*, non fu variata, talchè rimase sempre la *quarta*.

§. 677. Per calcolare la porzione legittima è da considerare, diffalcate le spese funerarie ed i debiti (*fr. 8* §. *9 Dig. h. t. V, II*).

a) quale, all' epoca della morte del Testatore, era lo *stato* del suo patrimonio (*cost. 6 Cod. de inoff. test. III, 28*),

b) quale il numero delle persone aventi diritto a legittima.

a) Siccome la quantità della legittima deve calcolarsi sullo stato del patrimonio, quale fu lasciato dal defunto il giorno della sua morte, parrebbe che gli aumenti o i decrementi che quello potesse provare in seguito, fino all' avulsione effettiva della legittima, non dovessero tornare a vantaggio od a pregiudizio del legittimario. Ma se quelli aumenti sono *intrinseci* (come alluvioni, aumento di prezzo, e simili), siccome la legittima non è un credito pecuniario, ma parte di beni, così debbono tornare vantaggiosi al legittimario; e se del pari, *intrinseci* sono quei decrementi (come se per terremoto, per inondazioni furono guastati degli edifizj o dei fondi), debbono ricadere a suo carico. In una parola, la quantità della legittima si stabilisce sullo stato del patrimonio all' epoca della morte della persona cui apparteneva, ma i beni si stimano secondo il loro valore all' epoca in cui la legittima si separa (*fr. 15, 30, 73 Dig. ad leg. Falcid. XXXV, 2 - Istit.* §. *2 de lege Falcidia II, 22*).

b) Le persone chiamate dalla legge a succedere *ab intestato* al defunto, vengono contate tutte per stabilire la quota della legittima, e fanno numero fra queste anche quelle, che per una valida diseredazione, o per altre ragioni, non possono ottenere legittima alcuna (*fr. 8* §. *8 Dig. h. t. V, 2*). I discendenti dei figli di primo grado, cioè i nipoti o pronipoti del defunto, hanno diritto alla legittima, in mancanza del padre loro, o del figlio che li precede. Vengono allora, come dicono volgarmente, per diritto di *rappresentazione*, ossia subentrano nel luogo di quello che li precedeva e che mancò, e si considerano come uno solo, succedendo per cotal guisa *in stirpes*, anzichè secondo il numero degli individui, ossia *in capita*. La successione *in capita* si verifica nella eredità legittima per i discendenti dei figli di primo grado, quando essi vengono soli, senza che concorrano con essi figli di primo grado, e tutti nascono da un medesimo figlio (*Istit.* §. 6 *de hered. quæ ab int. def. III, 1* -

cost: 8 *Cod. de sec. rupt. V 9 - cost. 7 Cod. de inoff. testam. V*, 2 - *Nov.* 118 *cap.* 1). Benchè i discendenti dei figli di primo grado, prendano il luogo di quello che li precedeva, non prendono la sua personalità giuridica : la loro capacità di succedere è indipendente da quella di costui; essi si considerano come chiamati per diritto proprio, soltanto perchè è vuoto il grado che li precede. Laonde, anche i figli del diseredato e dello incapace, hanno diritto alla legittima (*fr. 31 Dig. de inoff. test. V. 2 - fr. 7 Dig. de his qui sui vel al. jur. sunt. I, 6*). In mancanza di discendenti, essendo dovuta la legittima ad ambedue gli ascendenti, padre, e madre, essi se la dividono : e mancando uno di essi, la porzione sua è devoluta a quello che gli è più prossimo nella medesima linea: esempigrazia morendo la madre, l'avo materno succede col padre nella legittima della persona, che è loro respettivamente figlio e nipote (*Istit.* §. 1 *h. t. II*, 18 - *fr.* 15 *e fr.* 30 *pr. Dig. eod. V*, 2 - *Nov.* 118, *cap.* 2).

§. 678. È possibile che il legittimario abbia già ricevuto durante la vita della persona, cui avrebbe avuto diritto di succedere *ab intestato*, una qualche anticipazione sulla legittima, o che costei gli lasci qualche cosa per testamento: vuole allora la legge, coeretemente ai principj della equità, che quella anticipazione di legittima, e queste liberalità derivanti da Testamento, vengano imputate in legittima, quando non consti della contraria volontà del Testatore. Di quì discende che i legati, le donazioni *mortis causa*, ed in generale tutto quello che fu ricevuto per atto di ultima volontà della persona, che doveva la legittima, si imputi in essa (*fr. 8 §. 6 Dig de inoff. testam. V*, 2 - *cost. 29 e 30 pr. Cod. eod. III, 28*). Ma ove nello stesso atto, fosse stato lasciato un legato, ed insieme la legittima, quello non si imputerebbe in questa, presumendosi la contraria volontà del testatore (*fr. 29 Dig. de inoff, test. V, 2*). Si imputa in legittima la doto data dal padre alle figlie, che aveva obbligo di dotare, la donazione *propter nuptias*, e la *militia* (*cost. 29 §. 1 30 §. 2 cost. 35 §. 2, 3 cost. 36 Cod. de inoff. test. III, 28 - cost. 4 e 20 §. 2 Cod. de collat. VI. 20*). Le Donazioni *inter vivos* non si imputano in legittima, ammenochè non

sieno state fatte sotto la condizione di loro imputazione (*fr. 25 pr. Dig. de inoff. test. V, 2 - cost. 35 §. 2 Cod. eod. III, 28 - cost. 20 §. 1 Cod. de collat. VI, 20*). In generale non si imputa mai ciò, o che non venne direttamente dal padre, e dal suo *vero e proprio patrimonio*, o non venne *liberamente* e *spontaneamente* (*fr. 21 Dig. de collat. VI, 20*).

§. 679. Allorquando il padre di famiglia mediante donazioni abbia disposto di tanta parte del suo patrimonio, che per quelle, nel momento in cui furono fatte, rimanga lesa la porzione legittima a chi ha diritto di averla, il legittimario sperimentando la querela *inofficiosæ donationis*, può ottenere che tali donazioni vengano annullate o ridotte, cominciando dalle più recenti (*cost. 1 cost. 9 Cod. de inoff. donat. III, 29 - fr. 87 §. 3 Dig. de legat. 2º - cost. 2 Cod. de mortis causa donat. VIII, 57*). Delle doti lesive la legittima, può conseguirsi la riduzione, mediante la querela *inofficiosæ dotis* (*cost. un. Cod. de inoff. dot. VI, 30*).

§. 680. La legittima essendo una porzione di beni lasciati da un defunto non può esigersi che dopo la morte della persona, che la deve (*cost. 6. Cod. de inoff. test. III, 28 - fr. 1. Dig. qui test. fac. poss. XXIII, 1*). Finchè essa vive, non lice chiederla; ove chiedere si potesse, il suo diritto di proprietà sarebbe leso (*Istit. §. 2 de lege falcid. II. 22 - fr. 1 §. 21 Dig. de collat. bon. XXXVII, 6*). Ma il padre di famiglia, può se il legittimario emancipato vi consente, anticipargliela durante la propria vita, calcolandola sullo stato effettivo del suo patrimonio in quel momento. Allora il *periculum* ed il *commodum* delle cose ricevute in legittima, passa nel legittimario; questi ha per altro il diritto di essere rilevato dall' evizione, alla pari di un compratore (Vedi Forti delle Disposizione di ultima volontà §. 384 pag. 57 e seg. - Trattati inediti di Giurisprudenza).

§. 681. Avanti Giustiniano potevasi lasciare la legittima a qnalunque titolo, e lasciata che fosse, non era lecito al legittimario querelarsi (*fr. 8 §. 3 fr. 25 Dig. de inoff. test. V, 2 - Istit. §. ult. eod. II, 18*); quell' Imperatore volle che la legittima fosse lasciata a titolo di istituzione, in altre parole che

il legittimario fosse istituito erede nella porzione legittima (*Nov. 115 cap. 3 - Nov. 117 cap. 1 - Nov. 123 cap. 19*) (a)

§. 682. In Gius Nuovo, quando i Legittimarj sono stati istituiti eredi, non possono lagnarsi. Se furono istituiti, in meno della porzione legittima, hanno una azione *expletoria* per ottenere ciò che manca a compiere la legittima loro dovuta (*Istit.* §. *3 de inof. test. II, 18 - cost. 35* §. *2 cost.* 36 *Cod. eod. III, 28 - Nov. 115 cap. 5 pr.*). Se poi sono stati *esclusi*, bisogna distinguere le disposizioni legislative anteriori alla Novella 115, dalle disposizioni contenute nella Novella stessa.

α) Prima della Novella 115, ecco quello che avveniva:

a) Gli *heredes sui*, preteriti nel testamento paterno, potevano attaccarlo come *nullum*, o *ruptum* secondo che all'epoca in cui fu fatto, erano *sui*, o secondo che lo divennero in seguito, *postumi* (*Ulp. XXII, e seg. - Gajo II, 123 e seg. - Istit.* §. *1 pr. de exh. lib. II, 13 - fr.* 30 *Dig. de lib. et post. XXVIII, 2 e 3 Vedi sopra* §. 657 a 662 pag. 418 a 422).

b) Gli emancipati *preteriti* erano ammessi alla *bonorum possessio contra tabulas*, la quale fu accordata eziandìo agli *heredes sui præteriti* (*Ulp. XXII, XXIII, e XXXVIII, 2 - 4 - Gajo II, 135 - Istit.* §. *3 de exh lib. II, 13 - fr. 8 pr. Dig. de bon. poss. contra tab. XXXVII, 4*). *Vedi* §. 663 pag. 423.

c) I figli o *sui* o *emancipati*, formalmente diseredati dal padre loro, se potevano dimostrare l'ingiustizia della diseredazione, intentavano la *querela inofficiosi testamenti* (*fr. 1 - 3 Dig, de inoff. test. V. 2 - fr.* 10 §. *5 Dig. de bon. poss. cont tab.* XXXV*II, 4*). Non di meno, in questo caso gli Emancipati dovevano prima chiedere la *bonorum possessio ex edicto unde liberi*, che per tale ragione aveva pure il nome di *bonorum possessio litis ordinandæ gratia* (*fr.* 6 §. 2 *fr. 7, fr. 8 pr. Dig. de inoff. test. V, 2.*).

c) I figli preteriti dalla madre o dall'avo materno, o ingiustamente diseredati da loro, potevano pure intentare la *querela inofficiosi testamenti* (*Vedi sopra* §. 666 pag 424 *e Istit.* §. 1 *de inof. test. II, 18 - cost. 17 e 18 Cod. eod. III, 28*).

(a) In Toscana la legittima può essere lasciata senza l'espresso titolo di istituzione (*legge 15 Novembre 1814. Art.* 36).

d) Di quella *querela* potevano valersi eziandìo i fratelli e le sorelle del Testatore, che aveva istituito una persona turpe, senza lasciare loro la legittima (*cost.* 27 *Cod ibid. III*, 28). È da notare, che o il Testamento fosse *annullato* con la querela *nullitatis*, o fosse *rescisso* con la querela *inofficiosi testamenti*, cadeva in tutte le sue parti (*Ulp. XXII*, 16, 18 - *Istit.* §. 1 *quib. mod. test. inf. II*, 17 - *fr.* 10 §. 2 *Dig. de leg. præst. cont. tab. b. p. petita XXXVII*, 5 - *fr.* 8 §. 16 *fr.* 28 *Dig de inoff. test. V*, 2 - *fr.* 7 *Dig. de lib. et post. XXVIII*, 2) Se non che i legati a favore degli ascendenti e discendenti del Testatore, avevano effetto nella *bonorum possessio contra tabulas* (*fr.* 1 *pr.* § 1 *fr.* 3 § 1 *fr.* 5 § 2 *Dig. de leg. præst. cont. tab. b. p. petita XXXVII*, 5).

β.) Per la Novella 115 cap. 3 - 5, fu disposto:

a) che i fratelli e le sorelle, potessero come prima attaccare il testamento, con la *querela inofficiosi testamenti*, la quale producesse i suoi pristini effetti.

b) che gli ascendenti e discendenti fossero sempre obbligati a istituirsi, e che una esclusione totale, o per diseredazione o per preterizione, non fosse ammessa se non per una delle cause enumerate dalla Novella stessa (V. sop. §. 668-69, pag. 425-26). Il Testamento che avesse contravvenuto a questa disposizione, potè essere attaccato, sia che il testatore non avesse indicato la causa della diseredazione, sia che quella indicata non fosse legale, sia che non fosse sussistente in fatto. Si questiona fra gli Interpreti del Diritto Romano con qual mezzo si potesse attaccare il Testamento. L'opinione meglio fondata, e da preferirsi, si è che si dovesse attaccare con la *querela inofficiosi testamenti* (Vedi Mackeldey §. 661 dal quale prendiamo tutta questa teorica perchè ottimamente esposta.) (a) Di tale querela è necessario adesso trattare, con una certa diffusione.

(a) Tre opinioni diverse sono state emesse su questa questione:

1° quella che seguitiamo.

2° quella che il testamento debba in ogni caso essere attaccato con la *querela nullitatis*, la quale peraltro annulli la sola istituzione dell'erede.

3° quella che il testamento sia attaccabile con la *querela nullitatis* se furono preteriti i *sui*, talchè il testamento sia dichiarato allora *nullum* in tutte le sue parti, e sia attaccabile con la *querela inofficiosi testamenti* negli altri casi.

§. 683. In antico, l'abbiamo detto e ripetuto più volte, il *Paterfamilias* dichiarava la sua volontà di diseredare l' *heres suus*, o se la madre, o l' avo materno preterivano i loro respettivi figli e nipoti, costoro non potevano lagnarsi. Ma l' esperienza avendo dimostrato non infrequente il caso di ingiuste diseredazioni o preterizioni, per opera dei Prudenti fu introdotta la *querela* in discorso, con la quale gli ingiustamente (*inique*) diseredati o preteriti, poterono attaccare il Testamento, che aveva conculcati gli ufficj di carità e di affetto per i più stretti congiunti, allegando che il Testatore doveva essere di *mente non sana*, quando faceva quel Testamento inofficioso *Inofficiosum*, (*Paolo III, 5, 1*). Ma con questa allegazione, non pretendevano già dimostrare che il Testatore fosse in realtà alienato di mente, quando testò; bensì che il suo Testamento, comunque fatto regolarmente, non era tale, quale un uomo giusto in condizioni normali di mente, avrebbe fatto; perocchè ove avessero potuto dimostrare la vera alienazione mentale del Testatore, non avrebbero attaccato il suo testamento come *inofficioso*, ma piuttosto come nullo (*Istit. pr. de inoff. test.* II, *18 - fr. 2 e 5 Dig eod. V,2 - Paolo IV, 5. 1*). Le cause per le quali i Giudici potevano rigettare la querela, non erano determinate dalle Leggi: erano rimesse al loro prudente arbitrio. Accolta la querela dai Giudici, il Testamento veniva ad essere invalidato in tutte le sue parti, e si apriva l'adito alla successione legittima (*fr. 6 §. 1 fr. 8 §. 16 Dig. de inoff. test. V, 2.*). La *querela inofficiosi testamenti* era dunque una *hereditatis petitio*, e come tale doveva essere sperimentata dinanzi ai Centumviri. Tal *querela*, che pare rimonti ai tempi della Repubblica (*Cic. in Ver.* I, *42 -42 - de Oratore* I. *38, 57*), ammessa da primo probabilmente a favore dei discendenti soltanto, fu poi estesa a favore degli ascendenti, e dei fratelli e sorelle, quando questi ultimi fossero state posposti a persona turpe. Fu detta *querela* e non azione, perchè contro un Testamento regolare, non era ammissibile una azione vera e propria: era proponibile piuttosto un lamento, diretto ad implorare l' assistenza dei Centumviri. La *querela inofficiosi testamenti* fu ammessa in progresso di tempo, non solamente se i più prossimi

congiunti erano stati ingiustamente diseredati o preteriti dal Testatore, ma eziandio nel caso, che avesse loro lasciato troppo piccola cosa. Ed i Centumviri, spendendo il loro prudente arbitrio, dovevano giudicare, se quanto era stato lasciato a coloro che si querelavano del Testamento, fosse sufficente a salvarlo dall' imputazione di inofficioso. Sembra che dopo la *lex Falcidia*, venisse stabilito doversi far ragione a chi sperimentava la querela, ogni qualvolta a questo prossimo congiunto non fosse stata lasciata almeno la *quarta* parte della Eredità. Fu allora, che tal querela mutò carattere, e mentre per lo innanzi si fondava sull' odiosità di togliere senza giusti motivi l' eredità ai più prossimi congiunti, in seguito ebbe per base il loro diritto a godere di una *quarta parte* dei beni di colui, cui sarebbero succeduti se Testamento non fosse esistito, ossia il loro diritto ad avere la *legittima* (V. § 673, e seg. pag. 427 e seg.). Costantino sanzionò il principio, già in vigore ai suoi tempi, che quando il Testatore avesse lasciato una qualche cosa alle persone le quali avevano diritto alla legittima, aggiungendo che questa loro fosse completata *boni viri arbitratu*, la querela non potesse altrimenti venire intentata, ma esistesse facoltà soltanto di agire per ottenere il supplemento della Legittima (*cost. 4 Cod. Theod. de inoff. test.* II, 19). Giustiniano, (che come dicemmo pei discendenti mutò la quota della legittima (Vedi §. 676 pag. 429) accordò l' azione in supplemento, sebbene il Testatore non avesse dichiarato volere che la legittima fosse completata (*Istit.* §. *3 de inoff. test.* II, *18* - *cost. 30 Cod. eod.* III, *28*). Nonostante che egli ordinasse la legittima dovere essere lasciata a titolo di istituzione (*Nov.* 115 *cap.* 5), quando non ricorresse una delle cause di diseredazione o di preterizione da lui enumerate, lasciò in vigore il principio, che i legittimarj istituiti, non avessero la facoltà di intentare la *querela*, sebbene il Testatore non avesse loro lasciato per intiero la porzione legittima, e che potessero soltanto ottenerne il supplemento (Vedi sopra §. 682 pag. 433).

§. 684. In Gius Nuovo, hanno facoltà di intentare la *querela inofficiosi testamenti*, Primi i discendenti del Testatore, che hanno diritto a legittima. Mancando essi, o non vo-

endo intentarla, hanno facoltà di intentarla gli ascendenti; per ultimo, e solamente quando fu loro preferita persona turpe, possono intentarla i fratelli e le sorelle germani e consanguinei del Testatore. Allorchè il diritto di intentare la querela spetta a più persone insieme, e l'una di queste non la intenta, la sua parte si accresce agli altri (*fr. 16 pr. fr. 17 pr. fr. 25 §. 2 Dig. de inoff. test. V, 2*), e se tutti coloro che hanno pei primi quel diritto, non lo esercitano, esercitare lo possono coloro, che lo hanno posteriormente.

§. 685. La *querela inofficiosi testamenti* ha da essere diretta contro l'erede istituito nel Testamento. Se è intentata da un ascendente o da un discendente, è diretta contro chiunque sia stato istituito erede (*fr. 8 §. 2 Dig. de inoff. testam. V, 2.*), o tiene il posto di erede (*cost. 1 e 10 Cod. eod. III, 28,*). A quest'ultimo incombe l'onere di provare, che è vera la causa di diseredazione addotta dal Testatore, la cui verità viene impugnata dal discendente o dall'ascendente (*Nov. 115 cap. 3 §. 13 in fine.*). Se invece la querela è intentata dai fratelli o sorelle, è diretta soltanto contro quell'erede, cui può essere applicata la qualifica di persona turpe, ed essi hanno l'obbligo di provare la turpitudine dell'istituito (*fr. 5 fr. 24 Dig. de inoff. test. V, 2 - cost. 27 Cod. eod. III, 28*).

§. 686. Lo scopo della *querela inofficiosi testamenti*, è di ottenere la rescissione del Testamento, e la restituzione dell'eredità. Se chi la intenta è l'unico erede *ab intestato* esistente, mercè la medesima mira ad ottenere, che gli venga restituita tutta l'eredità; se è un coerede, mira a farsi restituire quella porzione di eredità che *ab intestato* gli sarebbe spettata (*fr. 8 §. 8. fr. 19 Dig. de inoff. test. V, 2.*). Del pari i fratelli e le sorelle, cui fu preferita una persona turpe, non possono intentarla contro costei, se non che per la quota che loro sarebbe spettata in caso di successione *ab intestato*; e quando il Testatore avesse preferito ai fratelli ed alle sorelle due persone, l'una onesta, turpe l'altra, detti fratelli e sorelle, non potrebbero intentarla, che per la porzione di eredità in cui fu istituita la persona turpe (*cost. 27 Cod. h. t. III, 28*).

§ 687. Importa esaminare gli effetti della *querela inofficio si testamenti*; e per procedere con ordine in questo esame, bisogna osservare se la querela fu *accolta* o *rigettata*.

A. Se fu *accolta*, è necessario distinguere, se fu intentata da gli ascendenti o discendenti del Testatore, o dai fratelli e sorelle, cui fu preferita una persona turpe.

(*a*) Accolta che sia la querela, intentata da un Discendente o da un Ascendente, il testamento in Gius Nuovo non è più come in Gius Antico invalidato o rescisso (*rescissum*) in tutte le sue parti: bensì è invalidato soltanto circa alla istituzione d erede. L' istituzione dell' erede è invalidata per intiero, quando il querelante ha diritto di chiederne lo invalidamento totale perchè è il solo erede *ab intestato* esistente; in caso diverso i invalidata per quella parte, che egli chiede (Vedi il paragraf antecedente). Tutte le altre disposizioni, contenute nell' testamento, come Legati, Fedecommessi, etc. rimangono valide (*Nov.* 11 *cap.* 3 §. 14. *in fine cap.* 4 §. 9 *ibid.*). Attalchè quand l' istituzione dell' erede è totalmente invalidata, l' eredita è deferita *ab intestato* (*Nov.* 115. *cap.* 3). Qualora poi l' istituzione dell' erede sia invalidata solamente in parte, l' eredità deferita in un ordine misto, cioè *ab intestato* quanto alla part che il querelante consegue, *per testamento* quanto alla parte che rimane all' erede istituito; ed i debiti ed i legati fanno carico a ciascuno di costoro in proporzione della quota di eredit che conseguono (*fr.* 15 §. 2 *fr.* 16 *pr. fr.* 19 *fr.* 25 §. 1 *Dig de inoff. testam.* V, 2). In tal caso si fa eccezione alla regola *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere pc test.* (Vedi sopra § 587 in fin. pag. 361).

(*b*) Accolta che sia la querela, intentata dai fratelli e sorelle, bisogna parimente distinguere:

1° Istituita una persona turpe, è invalida totalmente la istituzione, il testamento *cade in tutte le sue parti*, (per i fratelli e pe le sorelle rimanendo sempre in vigore il Diritto antico circa all querela. *Nov.* 22 *cap.* 47), e la successione è deferita *ab intestat* invalidata la istituzione parzialmente, l'eredità si deferisce in u *ordine misto*: *pro parte testatus*, *pro parte intestatus*: ed i lega rimangono validi.

2° Accade lo stesso se viene istituita una persona turpe, per una quota dell' eredità, e pel rimanente una persona onesta; se nonchè in tal caso l' istituzione della persona turpe, è invalidata o totalmente o parzialmente, secondo la quantità della porzione *ab intestato*, che hanno diritto di esigere i querelanti; mentre l' istituzione della persona onesta, resta valida, come validi rimangono i legati (*arg. fr. 15 §. 2 fr. 24 Dig. de inoff. test. V, 2 - cost. 13 Cod. eod. III, 28*).

B. Rigettata la querela, il Testamento naturalmente rimane efficace, ed il querelante generalmente perde tutto quanto per quel testamento gli era stato lasciato (*fr. 8 §. 14 Dig. de inoff. test. V. 2*).

§. 688. La querela *inofficiosi testamenti* non può intentarsi:

1°. Quante volte esiste un altro rimedio per ottenere l'invalidazione del Testamento; è dessa un mezzo sussidario, che non può dunque essere adoperato, se non che secondo la sua natura (*Istit. §. 2 de inoff. test. II, 18 - cost. 4 Cod. de lib. prtæ. VI, 28*).

2° Se da chi ha diritto di intentarla, si lasciarono trascorrere 5 anni dal momento dell' adizione della eredità eseguita dall' erede testamentario (*fr. 8 §. 17 fr. 9 Dig. de inoff. test. V, 2 - cost. 34* 36, *§. 2 Cod. eod. III, 28 - cost. 2 Cod. in quib. caus. in int. rest. neces non est II, 41*).

3° Se chi aveva diritto di intentare la querela, approva espressamente o tacitamente, da se, o per mezzo di altri il testamento, che poi vorrebbe attacare come inofficioso; purchè ad approvarlo implicitamente non fosse forzato per dovere di ufficio (*fr. 10 §. 1 fr 23 fr 31 §. 4 pr. Dig. h. t. V, 2*). Esempi grazia, se il figlio diseredato si fosse presentato in giudizio come Procuratore d' un legatario, egli avrebbe riconosciuto il testamento nel quale quel legato si contiene, e non potrebbe più attaccarlo in proprio con la querela dell' inofficioso; ma se avesse agito in quel modo come Tutore d'un pupillo, potrebbe intentare la querela, perchè avrebbe agito per dovere di ufficio (*Istit. §. 4 h. t. II, 18 - fr.* 32 *Dig. eod. V. 2*).

4° La querela si trasmette al *discendente* di chi ha il diritto di intentarla, se questi muore senza avervi rinunziato

espressamente, e prima che sia trascorso il quinquennio sopra indicato; ma non si trasmette ad *altri eredi*, se non quando fu intentata dal loro autore, o questi muore mentre l' erede istituito deliberava di accettare o di ripudiare l' eredità (*fr. 6* §. *2 fr. 7 Dig. h. t. V. 2 - cost: 5, e 34 Cod. eod. III, 28*).

§. 689. Non è mai esperibile la querela contro :

1° Il testamento del militare fatto *jure militari*, supposto che il testatore sapesse, che aveva, o che avrebbe avuto in seguito dei legittimarj (*Istit.* §. *6. de exh. lib. II*, 13 - *cost. 9 Cod. de inoff. test. III*, 28 - *cost. 9. 10*, 17 *Cod. de testam. milit.* VI. 21).

2° Non è esperibile la querela neppure contro il testamento del figlio di famiglia, che dispone del peculio castrense o quasi castrense, finchè il testatore rimane figlio di famiglia (*cost. 37 Cod. de inoff. test.* III. *28* - *Nov.* 123 *cap.* 19).

3° Non è esperibile contro la sostituzione pupillare, fatta dal padre (*fr. 8* §. *5 Dig. de inoff. test. V.* 2),

4° Finalmente non lo è, contro la *exheredatio quæ bona mente fit*, cioè fatta con lo scopo di avvantaggiare il diseredato e non di nuocergli (*fr. 18 Dig. de lib. et. post.* XXVIII, 2 - *fr.* 16 §. 2 *e 3 Dig. de Curat. furios.* XXVII, *10* - *fr.* 12 §. 2 *fr. 47 Dig. de lib. et post.* XXXVIIIi 2 - *cost.* 25 *Cod. h. t.* III, 28) (a).

(a) Presso di noi tratta espressamente della legittima, la legge del 15 Novembre 1814 Tit. 9. - Per questa legge la legittima è dovuta in primo luogo ai figli e discendenti; in secondo luogo ai genitori ed altri ascendenti della linea paterna; in terzo luogo agli ascendenti della linea materna; in quarto luogo ai fratelli sì germani che consanguinei, ed alle sorelle sì germane che consaguinee (*cit. leg. Tit.* 9. *art.* 1). - Ai figli e discendenti, tanto maschi, quanto femmine, è dovuta la legittima secondo la prossimità del loro grado, salvo nei congrui casi il diritto della rappresentazione, dal padre, dalla madre, e dagli altri ascendenti paterni, e materni (*art.* 2). - Ai genitori ed altri ascendenti paterni è dovuta la legittima dai figli e discendenti sì maschi che femmine (*art.* 3). - Dai figli e discendenti maschi, di maschio è dovuta in primo luogo al padre; non esistendo esso, agli altri ascendenti maschi della linea paterna; nel difetto loro, alla madre; e questa mancando, alle femmine ascendenti della medesima linea (*paterna*) ritenuta sempre la prerogativa del grado (*art.* 4). - Dalle figlie e altri discendenti femmine, e dai discendenti di esse, è dovuta secondo l' ordine stabilito dal Diritto Civile Romano (*art.* 5). - Agli ascendenti della linea materna senza distinzione di sesso, e osservata solamente la prossimità, è dovuta la legit-

tima dai loro discendenti, tutte le volte che non sia superstite al testatore veruna delle persone che escluderebbero gli ascendenti medesimi dalla successione intestata, e tutte le volte che, sopravvivendo al testatore alcuna delle persone escludenti, sia stato istituito da essa un estraneo, o un congiunto non escludente (*art.* 6). - Ai fratelli, e in difetto di essi alle sorelle, se si tratta dell' eredità di un fratello, ed al fratello ugualmente che alle sorelle, se si tratta dell' eredità di una sorella, è dovuta la legittima nel solo caso che in esclusione dei fratelli e delle sorelle sia stata istituita una persona turpe (*art.* 7). - La madre e le altre ascendenti femmine della linea paterna hanno diritto alla legittima tanto se l' erede istituito sia un estraneo, quanto se sia un collaterale, che avrebbe escluse queste femmine dalla successione intestata (*art.* 8). - Conservano gli ascendenti, nonostante il loro passaggio alle seconde nozze, il diritto alla legittima nell' eredità dei figli di primo letto, senza distinzione di beni (*art* 9). - Non è dovuta la legittima alle persone incapaci della successione, subentra nel luogo dell'incapace quello che avrebbe diritto alla legittima se lo incapace non esistesse (*art.* 10). - I figli e discendenti del figlio, o altro discendente diseredato, hanno diritto di conseguire quella porzione stessa che sarebbe dovuta a quello che è stato diseredato (*art.* 11). - La legittima dei figli o discendenti consiste in quattro oncie della libera eredità, se sono quattro o meno, in cinque oncie, se cinque, in sei oncie: se sei o più, (*art.* 12). - La legittima degli ascendenti è la terza parte della libera eredità del defunto, tanto se non esiste alcuno dei collaterali, coi quali consuccederebbero se il disponente fosse morto intestato, quanto se esistendo questi collaterali, nessuno di loro sia scritto erede (*art* 13). - Se uno dei medesimi collaterali, o più, o tutti siano scritti eredi, in tal caso la legittima degli ascendenti é la terza parte di quella porzione che ad essi competerebbe nella successione intestata se esistessero quei soli collaterali che sono iscritti eredi (*art.* 14). - Se insieme con uno, o più, o tutti i predetti collaterali sono scritti eredi uno o più estranei, allora la legittima degli ascendenti è, in rapporto all' erede o eredi collaterali, la terza parte di quella porzione che apparterebbe ai medesimi nella successione intestata, da calcolarsi però sulla quota per la quale gli stessi collaterali partecipano della eredità del defunto, e in rapporto all' erede o eredi estranei, è la terza parte dell' intiera quota di eredità che pervenne in essi mediante il testamento (*art.* 15). - La legittima dei fratelli germani e consaguinei, e delle sorelle, è sempre la quarta parte dell' eredità del testatore (*art.* 16). - La legittima è una quota parte di beni e non di eredità; deve perciò detrarsi al netto di tutti i debiti veri, e non semplicemente confessati, e delle spese di ultima infermità e dei funerali (*art.* 17). - Il legittimario non è obbligato a ricevere solamente denari, o mobili, o l' usufrutto, in luogo della quota competente dei singoli beni e capitali della eredità, i quali devono essergli assegnati sopra tutto l' asse ereditario, a prudente arbitrio del Giudice, in modo che non sieno nè dei migliori, nè dei peggiori (*art.* 18). - Per calcolare la quantità della legittima si ha riguardo al giorno della morte. - Ma per determinare il valore dei beni si considera il giorno dell' effettivo loro conseguimento e il legittimario soffre i decrementi naturali, e gode degli aumenti intrinseci sopravvenuti nei beni stessi dopo la morte del testatore, e prima della separazione della legittima (*art.* 19). - La legittima si deferisce per ministero della legge nel momento della morte del testatore: è perciò trasmissibile sebbene non agnita, agli eredi anche estranei del legittimario, il quale non può rinunziarvi

in pregiudizio dei proprj creditori (*art.* 20) . - Dal giorno della morte del testatore sono dovuti i frutti della legittima, secondo la natura dei beni e dei capitali che costituiscono l' asse ereditario; ma se i beni esistono nel possesso dei terzi, non si devono i frutti dal terzo possessore, che dal giorno della produzione dei documenti; salva al legittimario l'azione contro l'erede per conseguire i frutti anteriori, quando vi sia luogo (*art.* 21). - Le proibizioni, le condizioni, gli obblighi imposti sulla legittima si hanno per non scritti, qualora non sia riservata espressamente l' arbitrio al legittimario di accettare la disposizione tale quale essa è, o di conseguire la legittima come di ragione (*art* 22) . - In questo caso si intende che il legittimario accettando in qualunque modo il testamento, abbia tacitamente rinunziato alla legittima; ma la rinunzia, o tacita o espressa, non può mai pregiudicare ai di lui creditori (*art.* 23). - Debbono imputarsi nella legittima i legati, e tutto ciò che il legittimario abbia conseguito a titolo lucrativo, mediante qualunque disposizione per causa di morte, meno il caso in cui il disponente o abbia diversamente ordinato, o abbia nell' atto stesso lasciato il legato e la legittima: non ha luogo la imputazione delle donazioni gratuite fatte per atti fra i vivi (*art.* 24). - La dote assegnata o consegnata alle femmine escluse dalla successione deve imputarsi nella legittima (*art.* 25)- Devono ugualmente imputarsi nella legittima le donazioni fatte a contemplazione di un matrimonio certo e determinato, i beni assegnati per la costituzione del patrimonio clericale, secondo il valore che hanno nel giorno della morte del costituente, le somme erogate nel pagamento dei debiti voluttuosi, e le spese straordinarie fatte per collocare uno dei legittimarj in una situazione superiore a quella degli altri: queste imputazioni però non hanno luogo qualunque volta sia stato disposto altrimenti (*art.* 26). - I legati e le donazioni tra i vivi, anche per causa pia, o per qualunque altra causa privilegiata, debbono sottoporsi, se offendono la legittima ad una proporzionata riduzione: finchè non sia salvo l' importare della legittima stessa (*art.*27). - La riduzione deve farsi prima di tutto sopra i legati per contributo, a meno che il testatore o disponente non abbia dichiarato diversamente (*art.* 28) · - Se la massa dei legati non basta per l' indennità dei legittimarj, sono soggette a riduzione le donazioni gratuite fra i vivi, incominciando dalle più recenti e risalendo con ordine retrogrado alle più antiche (*art.* 29). - Non sono esenti dall onere della riduzione le donazioni fatte per causa di certo e determinato matrimonio, nè la dote costituita alle femmine escluse (*art.* 30), - La legittima non è dovuta in alcun caso dal patrimonio del vivente; non è per questo impedito di anticiparne la consegna al legittimario non soggetto alla patria potestà; e se esso vi abbia consentito, non è più luogo alla domanda di un supplemento a titolo di legittima, e neppure deve risentire vantaggio o danno dai successivi aumenti o decrementi del patrimonio di cui gli sarebbe dovuta la legittima (*art.* 31) . - Se i beni assegnati o consegnati in vita dal padre o altro ascendente a titolo di legittima sono evitti, il padre o altro ascendente deve prestare al figlio o discendente la piena evizione (*art* 32). - Ma se il figlio o discendente disperde o consuma i beni predetti, o se essi periscono in tutto o in parte per qualunque caso, anche fortuito, il padre o altro ascendente non è tenuto alla costituzione di una nuova legittima, e al figlio o discendente non rimane altro che il diritto agli alimenti, secondo i termini di ragione (*art.* 33). - Le figlie o altre discendenti femmine, quantunque in età minore costituite, possono in occasione del loro matrimonio contrattare sopra la legittima del padre o altri a-

CAPITOLO VI.

Cause d' invalidità dei Testamenti.

Instit. Lib. II, tit. 17 Quibus modis testamenta infirmentur - Dig Lib XXVIII, tit. 3 De injusto, rupto, irrito facto testamento - tit. 4 de his quæ in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur.

§. 690. Il Testamento può essere invalido fino da primo, come il *Nullum* e l' *Injustum*, e può divenirlo in seguito, come il *Ruptum*, l' *Irritum*, il *Destitutum*, e il *Rescissum*.

A) Testamenti invalidi fino da primo.

a) *Testamentum nullum*.

§. 691. È Nullo il Testamento:

1.° Se il Testatore non era capace di testare (Vedi sopra §. 598 e seg. pag. 369 e seg.).

2.° Se l' erede istituito senza sostituzione, nel tempo che

scendenti e ricevere da essi in luogo della semplice dote congrua, una porzione di beni o contanti, in estinzione del credito della legittima, la assegna dei beni o dei contanti sarà irretrattabile anche per le figlie o altre discendenti legittimarie, quando sia stata fatta colle solennità richieste per la validità dei contratti delle donne e dei minori; è esclusa in tal caso ogni querela di supplemento pel titolo della legittima, e non curato qualunque aumento o decremento successivamente accaduto nel patrimonio dal quale era dovuta la legittima stessa, non potranno le figlie o altre discendenti reclamare da questo contratto, se non per la falsa causa, per intervento di dolo, e pel concorso di quella lesione che è capace di viziare i contratti delle persone privilegiate (*art.* 34). - La rinunzia alla legittima vivente quello dal quale è dovuta, non può farsi da alcuno: è lecito bensì di rinunziare alla legittima dopo la morte del disponente, salvo come sopra l'interesse dei creditori, ma non deve valutarsi che la rinunzia espressa (*art.* 35). - Può lasciarsi la legittima senza l' espresso titolo di istituzione; tuttociò che sia stato lasciato per qualsivoglia titolo al legittimarlo, in qualunque atto di ultima volontà, si considera lasciato a titolo di legittima, e non ha luogo in favore del medesimo che l' azione al supplemento (*art.* 36). - Si esercita quest' azione contro gli eredi: i terzi possessori dei beni obbligati al supplemento non possono molestarsi se non in sussidio, coll' azione vindicatoria: l' una e l' altra azione trapassa nei successori, tanto universali quanto particolari del legittimario (*art.* 37) . - L' erede ed il legittimario si debbono reciprocamente prestare l' evizione (*art* 38).

venne fatto il testamento era morto, od era incapace di essere istituito (Vedi sopra §. 653 e seg. pag. 411 e seg.]).

3.° Se la disposizione di ultima volontà è viziata da errore, dolo, timore o violenza (*fr.* 9 *Dig. de hered. instit. XXVIII*, 5 *fr.* 3 *Dig. de reb. dub. XXXIV*, 5 - *fr.* 3 §. 7 *de bon. pos. sec. tab. XXXVII*, 11 - *fr.* 2 *Dig. si quis aliquem test. prohib. vol. coeg. XXIX*, 6 - *cost.* 1 *e* 3 *Cod. eod. VI*, 34), se l' istituzione fu rimessa al mero arbitrio di un terzo (Vedi §. 630 lett. *h*, pag. 395), se non può venire intesa (*fr.* 62 §. 1 *Dig. de hered. instit. XXVIII*, 5 - *fr.* 2 *Dig. de his quæ pro non script. hab. XXXIV*, 8 - *fr.* 73 §. 3 *Dig. de reg. juris L*, 17), se fu una istituzione captatoria (V. sopra §. 360 lett. *g* pag. 394) se fu sottoposta ad una condizione risolutiva, etc. (Vedi sopra §. 360 lett. *e* pag. 393.).

4.° Se non fu istituito alcuno erede, e prima della Novella 115, se era stato preterito un *heres suus* (Vedi sopra §. 653 pag. 419).

b) Testamentum Injustum.

§. 692. Ingiusto, *non jure factum*, dicesi il Testamento quando manca delle forme esteriori dalla legge prescritte, o quando queste sono difettose (*fr.* 1 *Dig. h. t. XXVIII*, 3), per esempio se i testimonj non furono nel numero dalla legge prescritto, o al testamento mancò l' unità di contesto (*cit. fr.* 1 *Dig. h. t.*). Tanto il Testamento Nullo quanto l' Ingiusto sono invalidi assolutamente in tutte le loro parti: attalchè in essi viene meno non soltanto l' istituzione dell' erede, ma ancòra tutte le altre secondarie disposizioni come i legati, i fidecommessi, le donazioni *mortis causa* etc, nel modo stesso insomma che se il Testatore fosse morto *ab intestato* (*fr.* 17 *Dig. qui test. fac. poss. XXVIII*. 1 - *cost.* 12 *Cod. de test. et quemad. test. ordin. VI*, 23 - *cost.* 29 *de fidecommis. VI*, 42. *Nov.* 115 *cap.* 5), e non possono mai divenire validi in seguito secondo il Diritto Civile, quand' anche la cagione di nullità potesse poi dileguarsi. Ad essi è applicabile la celebre regola Catoniana: *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest.* Tuttavìa è da avver-

tire, che il Testamento Nullo era in qualche caso sostenuto dal Pretore, e valeva almeno secondo il Diritto Onorario. Esempigrazia, se un Testamento fosse stato *nullo* perchè non contenente la diseredazione di un *heres suus*, e questi fosse premorto al Testatore, il Testamento per Diritto Civile antico sarebbe per sempre rimasto *nullo*, ma il Pretore lo faceva valere dando allo istituito la *bonorum possessio secundum tabulas* (*Gajo II, 125 - fr. 12 pr. Dig. de injusto, rupto, irrito XXVIII, 3 Vedi Mackeldey Istit.* 673). Sebbene il Testamento *Injustum* sia nullo in tutte le sue parti, qualche volta può avvenire che si sostenga per la clausula Codicillare, clausula così concepita : Se il mio testamento non varrà come Testamento, sia valido come Codicillo, od in qualunque altro modo possa valere. Mercè questa clausula il Testamento si considera come un Codicillo, e la istituzione dell' erede come un Fedecommesso ; lo vedremo meglio in seguito.

B) Testamenti che divengono invalidi

a) *Testamentum ruptum.*

§. 693. Il Testamento si rompe :

1.° per mutata volontà del Testatore :

2.°) per agnazione di Postumo.

1.° *Per mutata volontà del Testatore.*

§. 694. Il Testatore può mutare volontà finchè vive : *Ambolatoria enim est voluntas defuncti, usque ad vitæ supremum exitum* (*fr. 4 Dig. de adim. vel. transf. leg. XXXIV, 4.*). La mutazione di volontà del Testatore può manifestarsi in più maniere :

a) Con lo spezzare o distruggere le tavole testamentarie, o col cancellare o lacerare tuttociò che è scritto nel testamento, o il nome dello erede, o la propria sottoscrizione, o la sottoscrizione e il sigillo dei testimonj : purchè sia certo che tutto questo fu fatto, dal Testatore di propria mano, o da altri dietro suo comando, e deliberatamente, e non per caso (*fr. 20 Dig.*

de injust. rupt. irrit. XXVIII, 3 - *fr. 1 pr.* §. *1*, *3 fr. 2 Dig. de his quæ in test. delent. XXVIII*, *4* - *cost.* 30 *Cod. de test. VI*, 25.).

b) Con la revoca del Testamento fatta alla presenza almeno di tre testimonj abili, o fatta in giudizio, purchè da questa revoca al giorno in cui il Testamento fu fatto, sieno trascorsi *dieci anni* (*cost.* 27 *Cod. de test. VI.* 25).

b) Con la fazione di un Testamento posteriore, valido almeno in principio (*Istit.* §. *7 h. t. II*, *17* - *fr. 11*, *fr.* 16 *Dig. de inj. rupt.* XXVIII, 3 - *fr.* 16 §. 1 *Dig. de vulg. et pup. subst. XXVIII*, *6.*). A niuno (se si eccettua il militare (*fr. 19 pr. Dig. de testam. milit. XXIX*, 1.), è permesso morire con più testamenti, ed a chiunque è permesso dopo un testamento, farne poi un altro; dalla combinazione di questi due principj ne emerge la conseguenza, che la fazione di un secondo testamento, revoca il primo. Trovandosi due Testamenti di uno stesso Testatore, senza che sia possibile constatare qual fosse il primo, nessuno dei due potrebbe avere esecuzione, ed il testatore si considererebbe come morto *ab intestato* (*fr.* 188 *pr. Dig. de reg. juris L*, *17.*). Ma affinchè il secondo testamento abbia efficacia di rompere il primo, è necessario che questo secondo sia *valido* : un atto nullo non potendo produrre effetto (*Gajo II*, *144* - *Istit.* §. *7 h. t. II*, *17* - *fr. 2*, *fr. 11 Dig. de injusto*, *rupto XXVIII*, *3*). Peraltro non è necessario a rompere il primo testamento, che venga adita l'eredità in forza del secondo; basta che quest' ultimo sia valido per rispetto alla forma ed alla istituzione dell' erede, e sia ordinato in guisa da potere produrre l' effetto: attalchè se l'erede scritto nel secondo testamento ripudiasse l'eredità, o fosse morto prima del testatore, o dopo di lui ma prima di adire l' eredità, non per questo avrebbe effetto il primo; anzi si farebbe luogo alla successione *ab intestato* (*Istit.* §. 2 *h. t. II*, *17* - *fr. 2 Dig. de injusto rupto XXVIII. 3* - *Gajo II*, *144* - *Ulp.* XXIII, 2.). Il primo testamento sarebbe rotto eziandìo nel caso, che nel secondo testamento, valido alla pari del primo, il Testatore avesse istituito l' erede soltanto in alcune cose determinate (*Istit.* §. 3 *h. t. II*, 17). Ma se in questo secondo testamento si tro-

vasse la clausula espressa che il primo avesse da sortire effetto, l'erede istituito in questo secondo dovrebbe restituire a titolo di fedecommesso alla persona istituita in quel primo tutti i beni componenti l' eredità, all' infuori della cosa o delle cose determinate in cui fu istituito. Infatti, sebbene al Testatore non sia lecito, fare in guisa, che due suoi Testamenti sussistano contemporaneamente, ha facoltà di ordinare che l' erede da lui istituito nel secondo testamento, sia tenuto in forza di fedecommesso a dare esecuzione a tutte le disposizioni contenute nel primo (*Istit.* §. 3 *h. t.* II, 17 - *fr.* 12 §. 1 *Dig. de injusto, rupto.* XXVIII., 3). Ove poi il Testatore nel secondo Testamento dichiarasse volere, che alcune disposizioni contenute nel primo, si considerassero come scritte nel secondo, e sortissero effetto, per la sua nuova disposizione quelle prime avrebbero efficacia: ma non già perchè contenute nel primo testamento, bensì perchè il secondo le ha confermate riferendosi al primo. La regola, che il secondo testamento non rompe il primo, se non quando quel secondo è valido e perfetto, patisce limitazione nel caso che nel secondo Testamento imperfetto, fosse istituito Erede colui che avrebbe dovuto succedere *ab intestato* (*fr.* 2 *Dig. h. t.* XXVIII, 3). In tal caso il secondo testamento, se è fatto alla presenza di 5 testimonj, ha efficacia non come testamento, sibbene come *ultima voluntas intestati*, ed il primo è annullato (*cost.* 21 § 3 *Cod. de testam.* VI, 23). Pretendesi da taluno che le Clausule derogatorie ostino alle mutazioni di volontà nel Testatore; e per clausule derogatorie si intendono quelle con le quali il Testatore dichiara, che in appresso non sarà per fare altro Testamento, e che se lo facesse questo sarebbe nullo. Tale opinione non è da seguitare, neppure nell' ipotesi che la clausula derogatoria fosse vallata dal giuramento, avvegnachè osti ad accoglierla la massima fondamentale: *ambulatoria est enim humana voluntas etc.* Il Testatore, che dopo aver fatto un secondo testamento col quale ruppe il primo, annullasse poi questo secondo con l' intendimento di far ritornare in vigore il primo, ai termini rigorosi del Diritto Civile non potrebbe conseguire l' intento: avvegnachè quel primo testamento rotto una volta dal secondo, rotto dovrebbe rimanere, comunque il secondo fosse sta-

to in seguito tolto di mezzo; ma il Pretore diede allo erede che era istituito in quel primo Testamento la *bonorum possessio secundum tabulas (fr. 11 §. 2 Dig. de bon. poss. sec. tab.* XXXVII, *11.)*

2.º *Per Agnazione di Postumo.*

695. Abbiamo già trattato, nel parlare della Diseredazione, della rottura del testamento in conseguenza dell' Agnazione di un Postumo o di un quasi Postumo (Vedi sopra §. 660, 661 pag. 420, 421); abbiamo indicato quali fossero i mezzi per evitare ordinariamente tale rottura; ed abbiamo detto come vi fossero alcuni casi nei quali evitare non si poteva (Vedi sopra §. 662 pag. 422) in quei casi dice Gajo, che il Testamento era rotto sempre (*omnimodo*), sia che quei nuovi agnati o quasi agnati, fossero stati in prevenzione, diseredati, sia che fossero stati istituiti (*Gajo II, 140, 141.*). Diseredarli validamente infatti, non era possibile, perchè nell' istante in cui il testamento veniva fatto, non erano nel novero degli *heredes sui*, attalchè non si poteva loro togliere un diritto, che per anco non avevano. Ma se si potesse *istituirli* in prevenzione, in seguito fu disputa. Alcuni Giureconsulti, come Scevola e Papiniano ritenevano, che se il nuovo *heres suus* sopraggiunto nella *familia*, era stato istituito in prevenzione, il Testamento non fosse rotto, e Giustiniano accolse questa opinione (*fr. 18 Dig. de injusto, rupto.* XX*VIII, 3 - fr. 23 Dig. de lib. et posth.* XX*VIII, 2. - Istit. §. 1 h. t.* II, *17.*). In Diritto Antico il Testamento rotto, per l' Agnazione del Postumo o quasi Postumo, era invalidato in tutte le sue parti (*Istit. §. 1 de exh. lib.* II, *13*), ma in Gius Nuovo, sebbene ciò sia da alcuni impugnato, sembra che sia invalidato soltanto per riguardo alla istituzione dell' erede (*Nov. 115 cap. 3.*). Il Testamento rotto per Agnazione di Postumo era invalidato per sempre di fronte al Diritto Civile, quand' anche il Postumo fosse premorto al Testatore: il Pretore per altro, lo dicemmo, accordava in tal caso all' erede istituito la *bonorum possessio secundum tabulas (fr. 12 pr. Dig. de injusto, rupto* XXVIII, *3)*.

b) Testamentum irritum

§. 696. Irrito diviene il testamento, allorquando il Testatore subisce una *capitis diminutio* qualunque, eccettuata quella derivante *ex captivitate* (Vedi sopra §. 598, lett. (e), pag. 370): imperocchè con la *maxima capitis diminutio* si perde la libertà, con la *media* la cittadinanza, con la *minima*, la indipendenza, tre qualità indispensabili al godimento della *testamenti factio* attiva (*Istit* §. *4 h. t. II, 17 - Gajo II, 145 - Ulp. XXIII, 4 - fr. 6* §. *5. 6, 7. Dig. de injusto rupto* XXVIII, 3). Il testamento Irrito era invalidato in tutte le sue parti (*fr. 6* §. *5 - 11 de injusto rupto irrito Dig. XXVIII, 3 - fr 3 in fine Dig. de his quæ pro non script. hab. XXXIV, 8 - Istit.* §. *3 h. t.* II, *17*); se non che, ove il testatore avesse recuperato il suo pristino *status*, che per la diminuzione di capo aveva perduto, il Pretore accordava agli eredi istituiti la *bonorum possessio secundum tabulas* (*Istit.* §. *6. h. t. II, 17*). Ma se il testamento diveniva *irrito* per la *minima capitis diminutio*, il Pretore accordava tal *bonorum possessio* soltanto quando, quel testatore dopo essere ritornato *sui juris*, avesse dichiarato in un Codicillo od in un altro atto, essere sua volontà, che quel testamento valesse (*fr. 11* §. *2 Dig. de bon. poss. sec. tab. XXVII, 11, - fr. 12 pr. Dig. de injusto, rupto XXVIII, 3*).

c) Testamentum destitutum, seu desertum.

§. 697. Chiamasi Destituto o Deserto il testamento, allorchè l' erede istituito nel medesimo, non vuole o non può adire l'eredità, sia perchè diviene incapace dopo la istituzione, sia perchè premuore al testatore, sia perchè la condizione cui la istituzione è subordinata, non si verifica. Affinchè il testamento divenga *destituto*, è necessario che non esista nè coerede, nè un sostituito, che prenda il posto di chi non vuole o non può adire l' eredità. In Gius Antico, un tal testamento diveniva invalido in tutte le sue parti (*fr. 1 Dig. de injusto, rupto XXVIII, 3 - Istit.* §. *7 de hered. quæ ab int. III, 1*); si dubita se

questo avvenga tuttora in Gius Nuovo; la opinione preferibile è quella di chi ritiene, che eziandìo in Gius Nuovo sia invalidato del tutto; ed in vero analizzando la Novella 1 cap. 1 e 2 §. 2 di Giustiniano, che si pretende abbia mutato il Diritto in questa parte, non occorono quelle modificazioni che taluno vorrebbe leggervi. In pratica tal questione ha poca importanza, conciossiachè di ordinario si suole aggiungere dai Notari ai Testamenti la Clausula Codicillare, onde se il Testamento non vale come tale, valendo come Codicillo, i legati, e le altre disposizioni secondarie del Testamento, si sostengono: come quelle che eziandìo per Codicillo possono farsi.

§. 698. Avveniva talora, che essendo istituito erede colui al quale sarebbe stata deferita la successione *ab intestato*, questi trovasse vantaggio a repudiare l'eredità testamentaria per fare in quel modo cadere i legati, e le altre disposizioni secondarie contenute nel testamento, ed acquistare poi libera da ogni onere la successione *ab intestato*. Per impedire questa frode, il Pretore col suo Editto obbligò l'erede, che ripudiava l'eredità testamentaria per acquistarla poi *ab intestato*, alla prestazione dei legati, ed alla osservanza delle altre disposizioni secondarie del testamento (*fr. 1 Dig. si quis omiss. testam. XXIX, 4 - cost. 2 e ult. Cod. eod. VI, 39*). Lo stesso fu ordinato nel caso, che l'erede testamentario avesse repudiato l'eredità per insinuazione dell'erede legittimo, che gli avesse pagato o promesso un qualche valore, affinchè egli repudiasse a danno dei legatarj (*fr. 2, 3, Dig. eod. XXIX, 4 cost. 1 Cod. eod. VI, 39*). Parificata a queste due repudie dolose, fu eziandìo la repudia ordinata dall'erede legittimo all'erede testamentario, sul quale avesse patria potestà (*fr. 2 Dig. eod. XXIX, 4*). In seguito il principio, che si dovessero prestare i legati, ed osservare le altre disposizioni secondarie del testamento, in caso di repudia dolosa fatta per *prezzo*, fu esteso dalla Giurisprudenza alla repudia fatta *per odio* verso i legatarj, e con la intenzione di favorire gli eredi legittimi (*fr. 4 Dig eod. XXIX, 4*). - Siffatte repudie dolose divennero infrequenti, quando la legge *Falcidia*, assicurò all'erede testamentario la *quarta parte* libera dall'eredità: avvegnachè allora egli così trovasse sempre un interesse

ad acquistare la eredità; i testatori poi efficacemente le impedirono, mediante le sostituzioni volgari.

d) *Testamentum Rescissum.*

§. 699. Abbiamo gia detto, che *Rescisso* si chiama il Testamento invalidato in conseguenza della querela *inofficiosi testamenti* (Vedi sopra §. 683-89 pag. 435-40). Di questo Testamento avendo gia trattato, non ripeteremo ora le nostre parole

PARTE III.

Della Delazione dell' Eredità per Legge.

Istit. Lib. III. *Tit.* 1 *de hereditatibus quæ ab intestato deferuntur. tit.* 2 *de legitima agnatorum successione - tit.* 3 *de Senatusconsulto Tertulliano - tit.* 4 *de Senatusconsulto Orphitiano - tit.* 5 *de successione cognatorum - tit.* 6. *de gradibus cognatorum - Dig.* Lib. XXXVIII. *tit.* 6 *si tabulæ testamenti nullæ extabunt unde liberi - tit.* 7 *unde legitimi - tit.* 8 *unde cognati - tit.* 16 *de suis et legitimis heredibus. - tit.* 17 *ad Senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum - Cod. Lib.* VI, *tit.* 14 *unde liberi - Tit.* 15 *unde legitimi et cognati - tit.* 55 *de suis et legitimis liberis - tit.* 56 *ad Senatusconsultum Tertullianum - tit.* 57 *ad Senatusconsultum Orphitianum - tit.* 58 *de legitimis heredibus - tit* 50 *communia de successionibus.*

CAPITOLO I.

Principj generali.

§. 700. Allorquando il cittadino defunto non ha lasciato Testamento, o non ha lasciato un Testamento valido, la sua Eredità si deferisce a tenore di legge: si fa luogo cioè alla delazione Legittima dell' Eredità, ossia *ab intestato*. Ma finchè vi è la possibilità, che l' eredità sia adita da una erede testamentario, non si deferisce *ab intestato*: *quamdiu potest ex testamen-*

to adiri hereditas, *ab intestato non defertur*. (*Istit. pr. de hered. quæ ab. int. III, 1 - fr. 39 Dig. de acq. vel amitt. hered. XXIX, 2 - cost. 8 Cod. comm. de succes VI, 59*). Laonde l'Eredità *non si deferisce sempre ab intestato* nell' istante in cui muore la persona che la lascia, bensì sempre nel momento in cui si acquista la certezza, che successione testamentaria non può esistere: *eo tempore quærendum est, quo certum est, aliquem sine testamento decessisse* (*Istit. §. 7 de hered. quæ ab int. III, 1.*). Se il defunto non lasciò Testamento, o se il Testamento lasciato è invalido fino da primo, perchè *nullo* od *ingiusto*, la successione *ab intestato* si apre nel momento stesso in cui muore la persona della cui eredità si tratta; infatti in quel momento è certo, che non si potrà mai far luogo ad una successione Testamentaria; ma quando il defunto lasciò un Testamento, che sebbene valido fino da primo, è divenuto invalido in seguito di tempo: supposto che sia divenuto invalido vivente il Testatore, la successione *ab intestato* si apre alla sua morte: e supposto che sia divenuto invalido dopo la sua morte, quella successione *ab intestato* si apre nel momento, che si acquista la certezza non poter succedere nessuno erede testamentario (*Istit. §. 6 de legit. agnat. succes. III, 2 - fr. 2 §. 5 Dig. de suis et legit. hered. XXXVIII, 16*). Se non che vuolsi ricordare, che il Pretore talvolta accordava la *bonorum possessio secundum tabulas* all' erede istituito in un testamento *ingiusto o nullo*, *rotto od irrito* (Vedi sopra a questi titoli)

CAPITOLO II.

Diritto Antico.

§. 701. Il Diritto di succedere *ab intestato*, non ha sempre riposato nella Legislazione Romana sullo stesso fondamento; anzi mutamenti notevoli si sono verificati in questo proposito. E di vero, come fu altrove già fatto presentire, mentre un tempo fondamento della successione legittima, o *ab intestato*, fu il vincolo civile della *Agnazione*, poi lo divenne il vincolo naturale o di sangue, della *Cognazione*. In questa complicata materia, si riscontrano cinque sorgenti di Diritto diverse, cioè la

legge Decemvirale , l' Editto Pretorio, le Costituzioni degli Imperatori anteriori a Giustiniano, le Costituzioni di Giustiniano anteriori alle Novelle 118 e 127, e finalmente le Novelle 118 e 127. L' indole del nostro lavoro, principalmente dommatico, ci impone una certa tal quale parsimonia nel trattare delle modificazioni successive subite dalla Legislazione Romana su questo argomento, in conseguenza delle diverse Fonti di diritto, ora enumerate: noi dunque accenneremo soltanto per sommi capi, le principali fra quelle modificazioni, piuttosto ci diffonderemo sul disposto delle Novelle 118 e 127, nelle quali occorre il Gius Novissimo, rinviando alle opere che trattano *ex professo* della Istoria del Diritto Romano coloro, che desiderassero maggiori e più minute notizie istoriche su tal materia.

§. 702. Per la legge Decemvirale, la successione *ab intestato* aveva a fondamento i vincoli civili di Agnazione e di Gentilità; riposava dunque sulla *Familia*, nel senso civile Romano. Infatti per quella Legge erano chiamati a succedere, questi tre ordini di persone:

1.° Gli *heredes sui* del defunto.

2.° Gli Agnati.

3.° I Gentili (*Paolo IV, 8, 3*): Ciò sia detto circa all' eredità di un *Ingenuo*.- Nell' eredità di un Liberto, in antico erano chiamati a succedere :

1.° in primo luogo gli *heredes sui*

2.° in secondo luogo, nel posto degli agnati, il patrono e la patrona, ed i discendenti del patrono,

3.° in terzo luogo invece dei gentili, i parenti collaterali del patrono, *familia patroni* (*Istit. de succes. libert. III. 7 - Cod. de bonis lib. VI, 4*).

§. 703. Questo ordine di successione, all' infuori di poche modificazioni, fu rispettato dal Pretore nelle *bonorum possessiones ab intestato*, che egli accordava col suo Editto. Il Pretore trattandosi della Eredità di un Ingenuo: accordava la *bonorum possessio*:

1.° Ai figli (*unde liberi*) (*Dig. lib. XXXVIII, tit. 6.*)

2.° Alle persone chiamato a succedere dal diritto civile (*unde legitimi*) *Dig. lib. XXXVIII, tit. 7.*

3.° Agli altri parenti del defunto (*unde cognati*); che il Pretore aveva sostituito ai *Gentili*, il diritto dei quali sparì così presto, da non essere altro ai tempi di Gajo, se non che una pallida reminiscenza istorica. Finalmente il Pretore, e questa fu una sua innovazione, chiamava alla *bonorum possessio*, respettivamente:

4° Il marito e la moglie (*unde vir et uxor - Dig. h. t. XXVIII, tit. 11*).

§. 704. Trattandosi poi, della eredità di un liberto, chiamava alla *bonorum possessio ab intestato*, non meno di otto classi di persone (*Istit. §. 3 de bon. poss. III, 9*).

1° I figli (*unde liberi*).

2° I Patroni e loro figli (*unde legittimi*).

3° Dieci parenti determinati, del manomesso (*unde decem personæ*). Questa classe si incontrava soltanto nella successione di coloro, che erano liberati dal *mancipium*.

4° I parenti per sangue del liberto (*unde cognati*).

5° Gli agnati del patrono (*familia patroni*, o *tum quem ex familia*).

6° Il patrono o la patrona, del patrono, o della patrona, ed i suoi discendenti (*patronus patrona, item liberi et parentes eorum*). Questa classe si incontrava nel caso, che il patrono fosse un liberto egli stesso, nel qual caso il patrono suo, otteneva, la *bonorum possessio*).

7° Il conjuge suprestite (*unde vir, et uxor*).

8° I cognati del patrono (*unde cognati manumissoris*).

§. 705. Fino alle Novelle 118 e 127, l'ordine di successione *ab intestato*, stabilito dalla legge Decemvirale, non fu sostanzialmente mutato; gli *heredes sui*, gli *Agnati*, poi i *Cognati*, (sostituiti agli antichi Gentili), furono sempre tre categorìe distinte di persone, chiamate all' eredità legittima. Il Pretore, il Senato, gli Imperatori senza dubbio fecero ammettere nelle categorìe degli *heredes sui* e degli *agnati*, persone che il Diritto Civile considerava come *cognati;* ma se si prescinde da questo, l' ordine antico rimase sempre sostanzialmente lo stesso. Nei primi nove Titoli del Libro III delle Istituzioni Imperiali, occorre esposto l' ordine delle successioni *ab intestato*, quale era

prima delle Novelle 118 e 127, vale a dire l' ordine che riposava sul disposto della Legge Decemvirale, comunque modificato in qualche parte dall' Editto Pretorio, dai Senatusconsulti, e dalle Costituzioni dei Principi; e noi per fare intendere tali modificazioni, ci daremo a spiegare quali categorie di persone la legge delle XII Tavole chiamasse a succedere, e quali persone in quelle categorie fossero successivamente ascritte.

§. 706. Nella Eredità di un *Ingenuo*, morto *ab intestato*, primi chiamati a succedere, dalla legge Decemvirale erano:

(I) Gli *Heredes sui*

Gli *Heredes sui*, l' abbiamo sopra dichiarato (Vedi sopra §. 658, pag. 419) erano quelle persone, che alla morte del *paterfamilias* si trovavano *immediatamente* sotto la sua *potestas*, o *manus*, senza interposizione di alcuna persona intermedia (*Istit.* §. *2 - 7 de hered. quæ ab int. def. III, 1 - Gajo III, 2*), attalchè alla morte del *paterfamilias* addivenivano *suijuris*. Dicemmo come anche i *postumi* potessero essere *heredes sui* (Vedi sopra §. 660, 661, pag. 420, 421). Non erano *heredes sui* dell'avo i nipoti di lui *ex filio*, se alla morte dell'avo esisteva sempre nella sua *familia* civile il figlio, padre di questi nipoti (*Ist.*§. *7, 9, 10. de hered. quæ ab int. III, 1 - fr. 1* §. *4 - 8 Dig. de suis et legit. XXXVIII, 16*), come pure non erano *heredes sui* i figli emancipati, nè quelli dati in adozione, nè i discendenti di una figlia: - perocchè tutte queste persone non erano sottoposte alla *potestas* dell' avo. Invece *l' uxor in manu*, stando *loco filiæ*, (anche nel caso che fosse moglie del figlio *in patria potestate*) era *heres suus*. - La *patria potestas* e *la manus*, essendo un diritto spettante soltanto all' uomo, le donne non avevano *heredes sui* (*fr. 13 Dig. de suis et legit.* **XXXVIII**, *16 - Ulp. XXVI. 7 - Gajo III, 51*). Gli *heredes sui* consuccedevano indistintamente, senza rispetto alla prossimità del grado: per esempio: consuccedeva il figlio del defunto, che era sotto la sua *patria potestas*, ed il nipote *ex filio* del defunto, cioè il figlio di un figlio premorto o emancipato; quest' ultimo, (il nipote cioè) succedeva nel posto del padre suo (*in locum parentis*), onde parve conseguente, che egli dovesse

avere tanta parte di eredità, quanta nè avrebbe avuta suo padre. - Questa divisione *in stirpes* (opposta a quella *in capita*, in cui si fanno tante parti quanti *capita*) probabilmente fu introdotta dalla legge delle XII. Tavole (*Gajo III*, 7, 8, 15 - §. 6 *de hered. quæ ab int. III*, 1 - *cost.* 3 *Cod. de suis et legit. hered. VI* 55). - Gli *heredes sui*, tali per la legge decemvirale, erano eredi *ipso jure*, anche a loro insaputa ed a loro malgrado.

§. 707. Il Pretore considerando quanto fosse ingiusto, che i figli (*liberi*), di un *paterfamilias* fossero esclusi dalla sua eredità, soltanto per la ragione che erano usciti dalla sua famiglia civile, diede la *bonorum possessio ab intestato* oltre che agli *heredes sui* (*Istit.* §. 3 *de bon. poss III*, 9 - *fr* 1 §. 6 *Dic. si tab. test. nullæ extab. unde lib. XXXVIII*, 6 - *fr.* 5 §. 1 *Dig. unde legitimi XXXVIII*, 17 - *cost.* 2 *Cod. de suis et legit. hered VI*, 55), anche a quelli che avevano cessato di essere *sui*, in conseguenza dell' emancipazione, (*Gajo III*, 26, - *Ulp. XXVIII*, 8 - *Istit* §. 9 *de hered. quæ ab intest. III*, 1 - *fr.* 4 e 5 *Dig. si tab. test. nul. ext. XXXVIII*, 6). Ciò stabilì in quella parte dell' Editto, nella quale trattava dei figli, per cui ad indicarla fu adoperata la locuzione *unde liberi*. Ma questi figli emancipati, non erano ammessi, che sotto la condizione di conferire nell' eredità paterna, il patrimonio, che dopo l' emancipazione potessero avere acquistato: come vedremo trattando della *Collasione*. Se dei nipoti, nati da un *emancipatus*, si trovavano nella potestà dell' avo, il giorno in cui esso venne a morire, costoro erano *sui heredes*; allora, affinchè i figli del defunto per la deduzione di una doppia porzione ereditaria (cioè di una per questi nipoti, e di una altra pel fratello emancipato) non sentissero pregiudizio, l' emancipato insieme con i figli, che aveva generato *heredes sui* del defunto, poteva avere soltanto quella porzione, che gli sarebbe spettata come *suus*, e ne cedeva la metà ai figli; lo che si diceva avvenire per *l' edictum de conjungendis cum emancipato liberis* (*fr.* 1 *pr. Dig de conjung. cum emancip. lib. ej. XXXVII*, 8). - I *figli dati in adozione*, ed i figli, che emancipati dal padre, si erano fatti arrogare, essendo essi pure usciti dalla *familia* civile del padre

loro, non erano *heredes sui*; e perciò erano esclusi dall'eredità deferita per la legge Decemvirale a quelli che rivestivano tal qualità. Ma siccome costoro avevano acquistato la qualità di *heredes sui* nella famiglia dell' adottante o dell' arrogatore, il Pretore non li soccorreva con la *bonorum possessio unde liberi*. Ove fossero stati emancipati dal loro nuovo *paterfamilias*, vivente tuttora quello antico, cioè il loro padre legittimo e naturale, in conseguenza di siffatta emancipazione riprendendo essi il loro pristino carattere e perdendo ogni diritto nella famiglia nuova in cui erano entrati, il Pretore per non lasciarli privi di qualunque diritto di successione, accordava loro la *bonorum possessio* dell' eredità lasciata dal loro padre legittimo e naturale (*Istit.* §. *10 de hered. quæ ab int. def. III*, - *fr.* 1 §. *6 fr. 4 e 9 Dig. si tab. test. null. XXXVIII*, *6*). - Ma ove fossero stati emancipati dall' adottante o dall' arrogatore, *dopo la morte del loro padre legittimo e naturale*, il Pretore non accordava loro la *bonorum possessio unde liberi*, nell' eredità del padre legittimo e naturale (*fr. 6* §. *4 Dig. de bon. poss. contra tab.* XXXVII, *4*), perche sembravagli ingiusto che un estraneo (quale era l' adottante o l' arrogatore) potesse con un atto dipendente dal suo arbitrio, (l' emancipazione cioè), influire sul modo di successione dei figli nei beni del padre naturale (*Istit. cit.* §. *10* III, *1*). Potevano per altro questi figli in tal caso ottenere la *bonorum possessio* nell' ordine dei cognati, *unde cognati* (*Istit.* §. 13. *de hered. quæ ab int.* III. *1*).

§. 708. Il Pretore aveva per cotale maniera, provveduto fino ad un certo punto a riparare le ingiustizie del Diritto Civile per riguardo ai figli, emancipati, e dati in adozione: ma non aveva per niente migliorato le condizioni dei discendenti delle figlie, i quali, *Heredes sui* non erano, perchè stranieri alla famiglia materna. Una costituzione degli Imperatori Valentiniano, Teodosio, ed Arcadio provvide ai loro interessi (*Cod. Theod. cost. 4 de legit. hered. V, 1*). Essa loro attribuì il carattere di *heredes sui*, in questo senso, che essi cioè potessero venire a prendere nella eredità lasciata dal *paterfamilias* della madre o ava loro, quella porzione che quella loro ascendente prede-

funta avrebbe avuto diritto di conseguire quale *heres suus* del defunto, ma diminuita di un *terzo*, se esistevano altri *heredes sui*, e di un *quarto* se non esistevano altro che *Agnati* (*Istit.* §. *15 de hered. quæ ab int III, 1*).

§ 709. Giustiniano confermò il Diritto Pretorio, per riguardo ai figli emancipati. Circa ai figli dati in Adozione, lo abbiamo ripetuto più volte, ordinò che l'Adozione *meno piena*, non privasse altrimenti gli adottati dei diritti di successione nella famiglia naturale (*Vedi Vol.* I. *Lib.* I. §. *124 pag. 264*, *265*, *Vedi questo Vol. II.* §. 665 *pag.* 423). Intorno ai discendenti provenienti da femmine, ordinò che i discendenti delle figlie del defunto, non dovessero più cedere un quarto dell'eredità agli Agnati, come Valentiniano aveva prescritto (*cost. 12 Cod. de suis et legit. VI, 55 - Istit.* §. *14 e 15 de hered. quæ ab int. III, 1*), e poi con la Novella *18* cap. 4, volle che ancora nel concorso con altri discendenti, dovessero conseguire tutta la porzione ereditaria materna, e non semplicemente due terzi. Queste nuove persone collocate nella categorìa degli *heredes sui* dal Pretore e dalle Costituzioni Imperiali, non acquistano l'Eredità *ipso jure*, a loro insaputa ed anche a loro malgrado, come l'acquistano gli *heredes sui* qualificati per tali dalla legge delle XII. Tavole; eccettuati per altro i figli dati in adozione *meno piena*, i quali rimangono nella potestà e per conseguenza nella *familia* del loro padre naturale.

§. 710. In mancanza di *heredes sui*, la legge Decemvirale chiamava:

(II.) *Gli Agnati*

Secondo quella legge venivano in quest'ordine i Collaterali di qualunque grado fossero, e di qualunque sesso, purchè della stessa *familia* civile. Ricordiamo che Agnati erano anche i figli adottivi, e non solo di fronte all'adottante, ma eziandio rispetto agli Agnati collaterali di questo; e che gli Emancipati, i dati in Adozione, i discendenti delle Donne, non erano compresi nella categorìa degli Agnati, (*Vedi vol.* I. *Lib.* I. §. *47 - 52 pag. 198 - 200*).

§. 711. La legge Decemvirale subito dopo gli *heredes sui*, aveva chiamato a succedere gli *Agnati*, ma fra gli Agnati, i più prossimi essendo i fratelli e le sorelle, generati da un medesimo padre, (*consanguinei*), questi consanguinei si solevano contrapporre a tutti gli altri Agnati (*fr. 1 pr. Dig. de legit. tutor. XXVI, 4 - fr. 2 §. 1 Dig. unde legit. XXXVIII, 7 - fr. 4 Dig. unde cognati XXXVIII, 8 - fr. 2 Dig de suis XXXVIII, 16*), onde si vennero a distinguere quattro categorìe di eredi: gli *heredes sui*, i *consanguinei*, gli *agnati*, i *gentili*. Fu questo da primo un cambiamento nella nomenclatura soltanto, il quale per altro, in seguito ebbe conseguenze importanti. Infatti prevalse il principio, che sebbene sotto la indicazione di *heredes sui*, e di *consanguinei* fossero comprese eziandìo le donne, esse fossero escluse dalla qualifica di *agnati*; e che *agnati* fossero propriamente i *cognati virilis sexus, per mares descendentes* (*Ulp. XXVI, 1 fr. 2 §. 1 Dig. de suis et legit.* XXXVIII, *16*). Di quì derivò, che le Donne che fino allora erano state ammesse alla successione coi maschi *agnati*, non furono più abilitate a succedere che nelle due prime classi, dei *sui*, e dei *consanguinei* (*Paolo* IV, *8*, 22 - *Gajo* III, *14*, 23 - *Ulp* XXVI, 6 - *Istit.* §. 3 *de legit. agnat. success.* III. 2 - *cost. 14 Cod. de legit. hered* VI, *58.)*. Conferì a questo mutamento nella successione la *lex Voconia*, che come dicemmo (Vedi sopra §. 655 pag. 413) , aveva limitato la capacità delle Donne ad essere istituite eredi testamentarie, lo spirito della quale legge (*Voconiana ratio*) venne applicato ancora alla loro successione *ab intestato* (*Paolo IV, 8, 22.*). Non vi fu una legge che espressamente sanzionasse questo cambiamento nella condizione giuridica delle Donne, esso fu opera giurisprudenziale; ad una Giurisprudenza, che come diremo, fu transitoria (*media autem jurisprudentia*), vuolsi dunque attribuire la massima, che all' infuori delle sorelle consanguinee, le altre Donne non succedessero ai loro agnati, sebbene questi succedessero a quelle (*Gajo III, 14 - Istit.* §. 3 *de legit. agnat. succes. III, 2.*).

§. 712. Lungi dall' introdurre nella categorìa degli *Agnati*, nuove persone, la Giurisprudenza transitoria della quale abbia-

mo parlato nell' antecedente paragrafo, evidentemente ne diminuì il numero. Ed il Pretore per spirito di ostilità verso un ordine di persone, unite fra loro per un vincolo affatto civile, quale era l' agnazione, non volle ritornare quell' ordine all' antico stato, restituendovi le Donne, che ne erano state escluse. Intanto invece ad accrescere importanza all' ordine dei *Cognati*, (da lui sostituito agli antichi Gentili), chiamò quelle donne escluse dalla *media jurisprudentia*, alla *bonorum possessio unde cognati* (*Istit.* §. *3 de legit. agnat. success III*, *2* - *Gajo III*, *29.*).

§. 713. L' Imperatore Anastasio , (nel 498,) con una sua costituzione, che non è giunta fino a noi, ma che troviamo menzionata in più luoghi delle nostre Fonti (*Istit.* §. *1 de successione cognatorum III*, *5* - *cost. 4 Cod. de legitima tutela V*, *30* - *cost. 15* §. *1 Cod. de legitimis heredibus VI*, *58*), chiamò alla successione legittima, come se fossero *agnati*, i fratelli e le sorelle emancipati (perciò usciti dalla agnazione) in concorso coi fratelli e sorelle *agnati*, ma con una certa diminuzione, che secondo Teofilo (nella sua parafrasi delle Istituzioni) era tale, che il fratello agnato doveva avere il doppio dell' emancipato. Ma questa disposizione non fu da Anastasio estesa ai figli e discendenti degli emancipati, nè ai fratelli e sorelle date in adozione, e neppure ai discendenti da femmine.

§. 714. Giustiniano abolì quella *media jurisprudentia* sfavorevole alle donne, e ritornando al disposto della legge Decemvirale, le chiamò a succedere nel loro grado di agnazione alla pari dei maschi, senza distinzione alcuna (*Istit.* §. *3 in f. de legit. agnat. success. III*, *2* - *cost. 14 Cod. de legit. hered. VI*, *58*). Relativamente agli Emancipati, prima si limitò a confermare la costituzione di Anastasio, favorevole ai fratelli e sorelle emancipati (*Istit.* § *1 de success. cognat. III*, *5*), poi li chiamò a succedere senza quella diminuzione che Anastasio aveva stabilito ; e accordò lo stesso favore , dopo di essi, al primo grado dei loro discendenti, vale a dire ai figli e alle figlie loro, ma non ai nipoti ed alle nipoti (*cost. 15* §. *1 e 3 Cod. de legit. hered. VI*, *58.*). Circa agli *Adottati* stabilì, lo ripetiamo una volta ancora, che l' Adozione fatta da un estraneo non facesse perdere altrimenti i diritti di famiglia. - Di più quello

Imperatore, innanzi tratto (anno 528) chiamò a succedere ai fratelli, come se fossero Agnati, i fratelli e le sorelle anche *uterini* in concorso coi fratelli e sorelle consanguinei (*cost.* 7 *Cod. de legit. hered.* 58), ed in progresso di tempo (anno 532). parificò i loro figli di primo grado, ai nipoti agnati (*Istit.* §. 4 *de legit agnat. succes. III,* 2 - *cost.* 15 §. 2 *e* 3 *Cod. de legit. hered. VI,* 58).

§. 715. Fra gli Agnati il più prossimo escludeva il più remoto; e gli Agnati di ugual grado ottenevano porzioni uguali (*portiones viriles*) succedevano dunque *in capita* (*Ulp.* XXXI. 1 - 5 *Gajo* III, 9 11 - *Istit. tit. de legit. agnat. succes.* III, 2.). Se l' Agnato di più prossimo grado al defunto, rifiutava l' Eredità o moriva prima di adirla, questa non passava ad un altro Agnato di grado più remoto, cioè non passava ad una persona della stessa categorìa, ma di grado posteriore (*Istit.* §. 7 *de legit. agnat. succes* III. 2), passava invece alla categoria seguente, onde Paolo ebbe a dire: *in hereditate legitima, successioni locus non est* (*Paolo Sent.* IV, 23). Giustiniano abolì siffatta regola, e volle la devoluzione da grado a grado, prescrivendo che non si passasse dalla categorìa degli Agnati alla successiva, finchè non era constatato, che un Agnato di un grado qualunque, non si sarebbe presentato ad acquistare l' Eredità (*Istit.* §. 7 *de legit. agnat. succes. III,* 2).

§. 716. Per la legge delle XII. Tavole gli Ascendenti di qualunque sesso, non potevano mai succedere ai loro discendenti, parimente di sesso qualunque. Infatti *gli Ascendenti paterni*, o avevano figli e discendenti in loro potestà, o non li avevano. Se li avevano in potestà, questi essendo figli di famiglia, e come tali non potendo acquistare nulla per se, non potevano avere un patrimonio da lasciare; se non li avevano in potestà, allora nessun legame di Agnazione esisteva fra loro, cosicchè non eravi luogo a successione. Gli Ascendenti materni poi, e del pari le ascendenti materne, non essendo agnati, dei loro discendenti, non potevano loro succedere.

a) Ma in seguito introdotti i Peculj; i figli poterono avere una Eredità, e furono autorizzati a testare del loro *peculio castrense* e *quasi castrense*; e se morivano senza far testamento

circa a questi peculj, il padre li acquistava non per diritto di eredità, bensì per diritto di peculio: *non quasi hereditas, sed quasi peculium* (*fr. 1 e 2 Dig. de castrensi peculio XLIX, 17*); li acquistava come sostanze *peculiarie*, le quali per diritto antico anche vivente il figlio, appartenevano al padre, ed alla morte del figlio al padre ritornavano *per una specie di diritto di postliminio* (*fr. 19 §. 3 Dig. de castr. pecul. XLIX, 17*).

b) Posteriormente alcune Costituzioni Imperiali, introdussero una maniera di successione eccettuativa sui beni, che fossero pervenuti per donazione, legato o altro modo qualunque, al figlio di famiglia, sia dalla madre, sia in generale dai suoi ascendenti materni (*cost. 3 e 4 Cod. de bonis quæ liberis* VI, *61 - cost. 11 Cod. communia de success. VI, 59*). L'ordine di questa successione eccettuativa, era il seguente: 1.° I discendenti di qualunque sesso, 2.° I fratelli e le sorelle dello stesso, o di altro letto, 3.° il padre, o altro ascendente secondo il grado.

c) Giustiniano estese quest'ordine di successione, da primo eccettuativo, ai peculj *castrense* e *quasi castrense*, lasciati *ab intestato* (*Istit. pr. quib. non est. permis. test. fac· II, 12*). Succedevano dunque, in questi Peculj: 1.° i figli e discendenti del defunto, 2° i fratelli e sorelle di qualunque letto. In mancanza di queste persone, il padre di famiglia li acquistava *jure communi*, cioè per diritto di Peculio, non di eredità.

§. 717. Alla morte di un figlio emancipato, in antico il padre emancipante non gli succedeva, se non nel caso che avesse fatto la Emancipazione in guisa da riserbarsi i Diritti di Patronato: *mancipatio cum fiducia* (Vedi Vol. 1 Lib. I, §. 145 lett. (a) pag. 286), perocchè in tal caso come Patrono, succedeva al figlio morto senza discendenti. Giustiniano ordinò, che l'Emancipazione avesse da considerarsi sempre come se fosse stata fatta *cum fiducia*, o *contracta fiducia*, ma che l'ascendente emancipante, comunque patrono, dovesse succedere soltanto dopo i figli del defunto, ed i suoi fratelli e sorelle (*cost. 2 Cod. ad S. C. Tertullianum VI, 56.*).

§. 718. Secondo il rigoroso sistema della Legge Decemvirale, la madre non poteva succedere ai suoi figli, e reciprocamente questi non potevano succedere ad essa, fuori che nel caso in

cui si fosse maritata con la *conventio in manum*, e perciò fosse venuta *loco filiæ*. Ed in vero la donna, se si era maritata senza la *Conventio in manum*, era estranea alla famiglia civile del marito, ed i figli di lei non avevano per conseguenza nessun rapporto di agnazione seco, non erano suoi agnati; ed essa non avendo patria potestà, non potevano succederle come *heredes sui*; se poi maritandosi era venuta nella *manus* del marito. era *loco filiæ*, e perciò quasi come sorella dei proprj figli, succedeva a loro, ed essi a lei (*Gajo III, 24*). Il Pretore per mitigare tanta durezza, col suo Editto chiamò queste persone a succedersi come cognati, mediante la *bonorum possessio*, *unde cognati* (*Istit. pr. de S. C. Tertulliano III, 3 - Gajo* III. *24, 25 e 30 - Ulp.* XXVI, *8*). Ma un Senatusconsulto Tertulliano, dell'anno 911 di Roma e 158 dell'Era Cristiana, emanato sotto il regno di Antonino Pio (figlio adottivo di Adriano, e perciò chiamato Adriano, nelle Istituzioni a questo Titolo 3 del Libro III.) stabilì per regola generale il Diritto della madre, ma non dell'ava, di succedere nella luttuosa eredità dei figli o legittimi, o no, morti *ab intestato*, ma a condizione che avesse avuto l'*jus liberorum* cioè *tre* figli se era *ingenua*, e *quattro* se libertina (*Istit.* §. 2 *de Senatusconsulto Tertulliano* III, 3 - *Ulp.* XXVI, 8 - *Paolo* IV, *9*. 1 7). Nondimeno erano preferiti a lei, i discendenti dei figli, il padre, quando egli era erede legittimo, ed il fratello consanguineo. Essa ereditava insieme con la sorella consanguinea, escludendo gli altri agnati (*Ulp.* XXVI, *8*). Decadeva dal diritto di succedere, accordatole dal Senatusconsulto Tertulliano, se non provvedeva alla nomina e alla surroga del tutore pel figlio impubere, qualora questi fosse morto nella impubertà (*Istit.* §. *6 de S. C. Tertull.* III. 3). Costantino volle che la madre succedesse in *un terzo* dei beni, anche se non aveva l'*jus liberorum* (*cost. 1 Cod. Theod. de legit. hered. V, 1*). Valentiniano e Valente le attribuirono, se aveva l'*jus liberorum due terzi*, concorrendo per l'altro *terzo* lo zio paterno, ed i suoi discendenti (*cost. 7 Cod. Theod. de legit. hered. V, 1 -Istit.*§. 5 *de S. C Tertull.* III. 3). Finalmente Giustiniano ordinò, che senza porre mente all'*jus liberorum*, la Madre succedesse dopo i discendenti del defunto suo figlio o

della defunta sua figlia, e che concorrendo coi fratelli o con le sorelle del defunto, avesse una parte virile, e concorrendo soltanto con sorelle del defunto, avesse la metà dell' Eredità, di cui l' altra metà fosse divisa fra le sorelle (*Istit.* §. *5 de S. C. Tertull.* III, *3* - *cost. 7 Cod. eod.* VI. *56*).

§. 719. Reciprocamente i figli e le figlie, fossero pure nati da giuste nozze, o fossero naturali, o di padre incerto, furono ammessi a succedere alla madre loro, in forza del Senatusconsulto Orfiziano (dell' anno 931 di Roma, 178 dell' era Cristiana), emanato sotto il regno di Marco Aurelio e Comodo (*Istit. de Senatusconsulto Orphitiano.* III, *4*). Il senatusconsulto Orfiziano chiamava a succedere *ab intestato* solamente i figli e le figlie, non già i nipoti e le nipoti; ma delle Costituzioni posteriori, chiamarono alla successione anche i nipoti e le nipoti (*cost.* 9 *Cod. de suis et legit. hered. VI, 55*). Costoro, (vale a dire i figli e le figlie, i nipoti e le nipoti), fossero o no sottoposti all' altrui potestà, erano preferiti a tutti nella successione *ab intestato* della madre o dell' ava loro, occupando il posto degli *heredes sui*, i quali come donna essa non poteva avere (*Istit.* §. *1*, *de SC. Orphit.* III, *4*). I Diritti di successione accordati dai Senatusconsulti Tertulliano e Orfiziano, a differenza di quelli derivanti dalla legge Decemvirale, non si perdevano per la *minima capitis diminutio*: perchè si fondavano su relazioni di sangue, e non su relazioni civili (*Ulp.* XXVII, 5 - *Istit.* § 2 *de SC. Orphit.* III, *4* - *fr. 1* §. *8 Dig ad SC. Tertull.* XXXVIII, *17* - *fr. 11 Dig. de suis et legit.* XXXVIII, *16*) .

§. 720. In mancanza di *heredes sui* e di *Agnati*, la legge Decemvirale chiamava a succedere *ab intestato* :

(*III*) I *Gentili*

Sparita la Gentilità, il Pretore dopo gli *heredes sui* e dopo gli *Agnati*, e dopo coloro che erano stati parificati agli *heredes sui* ed agli *agnati*, col suo editto chiamò i *Cognati*, accordando loro la *bonorum possessio unde cognati* (*Istit. pr. de successione cognatorum* III, *5* - *fr. 1 Dig. quis ordo* XXXVIII. *15* - *fr.* 2 §. *4 Dig. unde legit.* XXXVIII. *7* - *fr. 1* §. *1*. *Dig si*

tab. testam. nul. extab. XXXVII, *2*) . In questa categorìa dei *cognati*, erano chiamati tutti i congiunti per sangue, di ambedue i sessi, fino al *sesto* grado, e del *settimo* grado anche gli *ex sobrino, sobrinaque nati, natæve* (*Istit.* §. *5 de succ. cognat.* III, *5* - *fr. 1* §. *3 Dig. unde cognati* XXXVIII, *8*), senza esaminare se alcuno fra costoro, appartenente ai parenti delle prime categorìe , non si fosse presentato in quelle, o se per l' adozione e pell' arrogazione fosse entrato in un altra famiglia (*Gajo* III. *27* - *31* - *Ulp.* XXVIII, 9 - *Istit.* §. *13 de hered. quæ ab int.* III, *1* - *pr. e* §. *de success. cognat.* III, *5* - *fr. 1 pr.* §. *4 fr. 2 Dig. unde cogn.* XXXVIII, 8 - *fr. 5 Dig. unde legit.* XXXVIII, *7*) . Se non che, i più prossimi cognati escludevano i più remoti , e quelli del medesimo grado succedevano *in capita* (*fr 1* §. *1 5, 10 Dig, unde legit.* XXXVIII, 7*)*. Nella attuale categoria aveva luogo la *successio graduum*, cosicchè la domanda di un parente più lontano era ammessa, allorche i più prossimi trascuravano di chiedere la successione (*Istit.* §. *7 de legit. agn. succes.* III, *2* - *Ulp.* XXVIII, *11*).

§. 721. I Conjugi nel *Matrimonio libero* non avevano alcun diritto di reciproca successione ereditaria *ab intestato* ; ma il Pretore , se niun parente aveva chiesto o ottenuto la *bonorum possessio* , la deferiva al conjuge superstite, purchè conjuge legittimo, e non divorziato (*fr. un, Dig. unde vir. et ux. XXXVIII. 11 - cost. un Cod. eod. VI, 18*). Giustiniano con una Disposizione speciale a favore del conjuge povero , lo autorizzò in concorrenza con qualunque altro erede, a prendere un *quarto* dell' eredità dell' altro conjuge premorto (*Nov. 53 cap. 6*), ma questa disposizione fu cambiata posteriormente , e limitata alla vedova, come diremo in seguito.

§. 722. Tale era lo stato della Successione *ab intestato* nell' Eredità di un Ingenuo prima delle Novelle 118 e 127 ; ci rimane a dire della Successione medesima nell' Eredità di un *Liberto*.- Abbiamo poco sopra dichiarato, come la Legge Decemvirale chiamasse alla Successione *ab intestato* dei Liberti, dopo gli *heredes sui* del liberto, il patrono e la patrona ed i discendenti del patrono , poi la *familia patroni*. Aggiungiamo ora, che alla liberta succedeva sempre il patrono, avvegnachè essa non

avesse *heredes sui* (*Ulp. XIX.* 2); ciò avvenne fino al Senatusconsulto Orfiziano, che fu applicato anche ai liberti. Per testamento il Liberto poteva privare della sua Eredità, tanto il Patrono, quanto i figli del Patrono; indirettamente li privava dell' eredità medesima, adottando un estraneo, e facendosene così un *heres suus*. La liberta a cagione del sesso, essendo in perpetua tutela del patrono, non poteva far testamento senza il consenso di lui; non aveva dunque mezzo di privarlo dell' eredità (*Gajo III, 43*). Ad impedire l' ingiustizia che il Patrono fosse spogliato di qualunque diritto di successione nellà eredità del liberto, per volontà di quest' ultimo, manifestata o con un testamento o con l' adozione, il Pretore diede al Patrono, che sarebbe succeduto *ab intestato* al liberto, la *bonorum possessio* della metà della eredità del liberto stesso. Tal *bonorum possessio* era *contra tabulas* se il liberto avesse fatto un Testamento, col quale avesse disposto dei suoi averi a pregiudizio del patrono; era una *bonorum possessio ab intestato* se il liberto fosse morto senza far testamento (*Istit.* §. 1 *de successione libertorum III, 7 Gajo III, 41 - Ulp. XXIX, 1*). Questa parte dell' Editto non era applicabile alla Patrona, la quale rimase sempre con i diritti concedutile dalla legge Decemvirale (*Gajo III, 49*). In seguito la *lex Papia Poppea* chiamò il Patrono a concorrere coi figli del liberto, dandogli una quota virile nel caso che il patrimonio del liberto fosse di 100,000 sesterzj, ed egli lasciasse meno di 3 figli (*Gajo III, 42, - Ulp. XXIX, 3 - Istit.* § *2 de succes. lib. III*, 7). La legge stessa, liberando le liberte, che avessero avuto quattro figli, dalla tutela del patrono, le venne ad abilitare a far testamento; ma affinchè non pregiudicassero col medesimo ai diritti del patrono, quella legge assicurò a quest' ultimo una parte virile nell' eredità della liberta (*Ulp. XXIX, 3 - Gajo* III, *44 e 47*). Inoltre accordò alla patrona, ed ai suoi figli, non che alle figlie e altre discendenti femmine del patrono, non favorite dall' Editto Pretorio, dei diritti anologhi a quelli del patrono e dei suoi figli maschi, quando avessero avuto il numero di figli stabiliti da essa legge (*Gajo III, 49 - 53 - Ulp. XXIX,* 5 - *7*). Giustiniano, abolita ogni differenza fra patrono e patrona, fra loro figli maschi e

femmine, fra successione nell' eredità di un liberto o di una liberta, stabilì nel modo seguente l' ordine di successione *ab intestato* nella eredità dei liberti:

1.° I discendenti di qualunque grado e sesso, senza alcun riguardo alla patria potestà, ma purchè fossero discendenti naturali, cioè per sangue.

2.° Il patrono e la patrona.

3.° I discendenti del patrono e della patrona; secondo la prossimità del grado, senza tener conto della patria potestà.

4.° I parenti collaterali del patrono fino al quinto grado (*Istit.* §. 3 *de succ, libert.* III. 7 - *cost. 4 Cod. de bonis libert.* VI, 4) Sottopose poi il liberto che voleva far testamento, alle regole proprie degli Ingenui, relativamente alla diseredazione, e preterizione dei loro discendenti. Nel caso che il liberto padrone di un patrimonio superiore ai 100 solidi, fosse morto senza discendenti, o avendone ma giustamente diseredati o preteriti, fu obbligato a lasciare nel suo Testamento al Patrono il *terzo* dei proprj beni, libero da qualunque onere od aggravio, altrimenti il patrono poteva ottenere quel terzo, o il supplemento, mercè la *bonorum possessio contra tabulas* (*cost. 4 Cod. de bonis libert.* VI, 4 *Istit.* §. 3 *de success. libert.* III. 7). Mediante l' *adsignatio liberti* (*Vedi Vol.* I. *Lib.* 1 §. 105 *pag.* 249.), il patrono poteva far godere l' eredità del liberto, esclusivamente ad uno dei suoi figli o discendenti del figlio, o ad alcuni fra loro (*fr.* 1 *Dig. de adsign. lib.* XXXVIII, 4); gli altri figli del patrono, esclusi per cotal guisa dall' eredità del liberto, potevano acquistarla quando il loro fratello, cui era stato assegnato il liberto, moriva senza posterità (*Istit. pr. de adsign. libert.* III. 8) o subiva una *capitis diminutio* (*Istit.* §. 2 *eod.*) Secondo un Senatusconsulto fatto sotto il Regno di Claudio, essendo Consoli Vellejo Rufo e Osterio Scapula, l' assegnazione del liberto, potè esser fatta tanto nel testamento, quanto fuori del testamento, ed in termini qualunque (*Istit.* §. 3 *de ads lib.* III, 8 - *fr.* 1 *Dig. eod.* XXXVIII, 4.).

§. 723. Enumerammo poco sopra, quali furono le *bonorum possessiones ab intestato* date dal Pretore sui beni lasciati dal liberto; aggiungiamo adesso che ai tempi di Giustiniano, furo-

no ridotte a quelle stesse proprie degli Ingenui, cioè *unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir. et uxor.* (*Istit.* §. *4, e 5 de bon poss.* III, *9*); *unde liberi* per i discendenti del liberto, *unde legitimi* pel patrono e suoi figli, *unde cognati* per gli ascendenti e cognati del patrono fino al quinto grado, *unde vir et uxor*, cioè pel conjuge superstite

§. 724. Dalle cose fin qui discorse apparisce evidente, quanto complicato fosse il sistema delle successioni *ab intestato*, ai tempi di Giustiniano. Quest' Imperatore, dopo aver tentato di semplicizzarlo con delle modificazioni parziali, riconobbe alla per fine che il miglior partito cui appigliarsi, era di distruggere tutto l' antico edifizio, e di inalzarne uno nuovo. E con questo intendimento promulgò la Novella 118, che ebbe in seguito il suo compimento nella Novella 127. Per queste Novelle fu stabilito un nuovo sistema di Successione Ereditaria Legittima, completo in tutte le sue parti, e che non più si innesta e si commette con la *bonorum possessio ab intestato*, abolita dalla Novella 118 pei parenti, e rimasta in vigore soltanto per i conjugi (*unde vir et uxor*).

CAPITOLO III.

Diritto Nuovo

(*Novelle 118 e 127.*)

§. 725. I caratteri più sporgenti del sistema di successione legittima *o ab intestato*, che Giustiniano stabilì con le sue Novelle 118 e 127, si possono ridurre ai seguenti:

I. Il Diritto di succedere riposa sulla parentela naturale o di sangue col defunto, in altri termini sulla *Cognazione*. L' *Agnazione* ha perduto la sua importanza. Nè valgono a distruggere questa regola, poche eccezioni, nelle quali il Diritto di succedere riposa su qualche motivo particolare, come p. e. sul vincolo civile dell' Adozione, sulla qualità di conjuge, sulla qualità di membro di una Corporazione, alla quale appartenesse il defunto.- In mancanza di eredi legittimi, succede ultimo il Fisco.

II. La Parentela, sulla quale si fonda il Diritto di succedere

deve essere *legittima*, almeno per regola generale. -

(*a*) I *figli incestuosi* non succedono nè al loro padre, nè ai loro discendenti paterni, nè alla madre, nè agli ascendenti materni, le quali persone tutte viceversa, non possono succedere a costoro (*cost.* 6. *Cod. de incest. et inutil. nuptiis V*, 5 - *Nov.* 74 *cap*. 6 - *Nov.* 89 *cap*. 15).

(*b*) I figli *adulterini*, gli *spurii*, i *vulgo quæsiti*, succedono alla madre ed ai parenti di questa, i quali viceversa succedono a loro (*Istit.* §. *4 de succes. cognat. III*, 5 - §. *3 de senat. Orphit. III*, 4 - *cost.* 5 *Cod. ad Senat. Orphit. VI*, 57), ma non al padre, che a loro viceversa non succede.

(*c*) I figli *naturali* sono ammessi a succedere alla madre ed ai parenti di lei, e questi succedono a loro, ma in generale non succedono al loro padre ed ai parenti di questo, se non quando non lascia moglie e figli legittimi. - La legge in questo caso accorda loro la *sesta* parte della successione, che dividono con la loro madre (*Nov.* 118 *cap.* 5 - *Nov.* 89. *cap.* 12 §. 4 6).

(*d*) I figli legittimati sono parificati ai legittimi (*cost.* 10 *Cod. de natural. lib. V*, 27 - *Nov.* 89 *cap.* 8 e 9 §. 1 - *Nov.* 74 *cap.* 2).

III. L' *adozione*, vincolo meramente Civile, è una eccezione al principio fondamentale della successione legittima, ma di minore importanza di quello che a prima giunta può sembrare: e ciò per le distinzioni introdotte da Giustiniano nella medesima.

(*a*) Gli *arrogati* ed i figli dati in *adozione piena* (cioè ad un loro ascendente naturale), succedono al loro padre adottivo ed agli agnati di lui, e viceversa questi succedono a loro; (*Istit.* §. 2 *de adopt. I*, 11 - §. 2 e 14 *de hered quæ ab int. def. III*, 1 - *cost.* 10. *pr.* §. 5 *Cod. de adopt. VIII*, 48); ma non succedono alla moglie del loro padre adottivo, nè ai parenti di lei (*fr.* 23 *Dig. de adopt. I*, 7),

(*b*) Gli adottati da un estraneo, (adozione *meno piena*) succedono al loro padre adottivo, ma non ai suoi agnati. Il padre adottivo non succede a loro) *cost* 10 §. 1 *Cod. de adopt. VIII*, 48). Gli arrogati e gli adottati da un estraneo, succedo-

no anche al loro padre naturale, ed egli a loro. - Si questiona però, se come figli o come parenti essi succedano.

(c) I figli adottati da una Donna succedono alla, medesima, ma non ai suoi parenti *(cost. 5 Cod. de adopt. VIII, 48)*. Affinchè l' adozione apra l' adito alla successione, è necessario che esista, nel momento della morte della persona cui si tratta di succedere (*Istit § 11 de hered. quæ ab int. def. III 1*).

IV. Per succedere *ab intestato* è necessario essere *capaci* dal momento in cui l' eredità è *deferita*, fino al momento in cui è adita *(fr. 1 §. 4 Dig. ad Senat. Turtull XXXVIII, 17 - Istit. §. 4 de hered. acquist. II, 14 - fr. 49 §. 1 fr. 59 §. 4 Dig. de hered. instit. XXVIII, 5 - fr. 54 Dig. de acq. vel omitt. hered. XXIX, 2*). Il Nascituro si ritiene per già nato, giusta il principio: *Nasciturus pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur.* Incapaci di succedere *ab intestato* sono:

a) I colpevoli del Delitto di perduellione ed i loro figli (*cost. 5 §. 1. 3 Cod. ad leg. Jul majest. IX, 8*).

b) Gli Apostati e gli Eretici (*cost. 3 Cod. de apost. I, 7 - cost. 4 Cod. de heret. I, 5*).

c) I Condannati a morte (*fr. 15 Dig. de bon. poss. XXXV, 1*).

d) Le Corporazioni proibite, o i Collegi illeciti (*cost. 8 Cod. de hered. instit. VI, 24*).

e) Quelli che contrassero un Matrimonio incestuoso (*cost. 6 Cod. de incest. nupt. V, 5 - Nov. 12 cap 1*).

§. 726. I capaci a succedere, sono chiamati in 4 Classi (*Ordines*) :

1ª Classe. — I Discendenti.

2ª Classe. — I più prossimi ascendenti, non che i fratelli e sorelle bilaterali, ossia germani; e se questi morirono prima della persona alla cui eredità si tratta di succedere, i loro figli e figlie.

3ª Classe. — I fratelli e sorelle unilaterali, ossia uterini e consaguinei; e se questi premorirono i loro figli e figlie.

4ª Classe. — Gli altri più prossimi parenti.

§. 727. La successione si fa in guisa, che la Classe precedente esclude sempre la susseguente: e perciò è necessario che in una Classe manchino tutti i chiamati, affinchè il Dirit-

to passi alla Classe che segue immediatamente. Se nella stessa classe concorrono insieme più persone, il più prossimo di grado esclude il più lontano nell'ultima e nella seconda Classe; nelle altre Classi anche i più lontani concorrono coi più vicini, e consuccedono, ma tuttavìa in modo che i figli vengono esclusi da' loro genitori (*successio graduum*). Nella successione all'eredità di un ascendente, i suoi nipoti, pronipoti e gli altri discendenti, vengono a succedere in conseguenza di un *Diritto di rappresentazione illimitato*, pel quale, i discendenti lontani di un defunto prendono il posto del loro genitore, e ricevono nelle successioni quel tanto, che esso avrebbe avuto se fosse sopravvissuto alla persòna, la eredità della quale si tratta di dividere (*Nov.* 118 *cap.* 1). Questo Diritto *di rappresentazione*, in Gius Antico aveva luogo soltanto a favore dei discendenti del defunto, e per questi discendenti era illimitato, cioè non era ristretto a qualche grado speciale - Tale rimase - Ma Giustiniano lo accordò anche ai figli e figlie dei fratelli e sorelle del defunto, sia germani sia unilaterali; peraltro non lo concesse ai nipoti dei fratelli e sorelle del defunto, sia germani (*bilaterali*), sia consaguinei ed uterini (*unilaterali*). Costoro dunque non vengono alla successione nè nella 2ª Classe, nè nella 3ª ma solamente nella 4ª (*Nov.* 118 *cap.* 3).

§. 728. La Divisione di una successione, può farsi in 3 modi principali: *In capita*, *in stirpes*, *in lineas*.

(*a*) *In capita*, quando si fanno tante parti uguali, quante sono le persone che hanno Diritto di succedere; (*Nov.* 118 *cap.* 3 . 1): ognuna di queste porzioni uguali, dicesi quota virile (*portio virilis*).

(*b*) *In stirpes*, quando si fanno tante porzioni quanti sono i rami o le stirpi, in cui si distinguono le persone che hanno Diritto di succedere, cosicchè tutti coloro che discendono da un solo stipite comune, acquistano soltanto quella porzione, che sarebbe spettata al loro comune autore, se non fosse premorto alla persona della quale si divide la eredità, porzione che fra loro poi si suddividono (*Nov.* 118 *cap.* 1 *e* 3 *pr.*).

(*c*) *In lineas*, quando vengono fatte due porzioni, cosicchè

una spetta agli ascendenti della linea paterna, l' altra agli ascendenti della linea materna (*Nov. 118 cap. 2*).

§. 729. Vediamo ora, come la successione si regoli in ciascuna delle 4 Classi sopra enumerate.

1ª Classe

Circa a questa Classe il modo di successione è molto semplice, imperocchè sono chiamati a succedere quei discendenti che esistono nel momento dell' apertura della successione, e che sono i più *prossimi al defunto ciascheduno nella propria stirpe* senza riguardo al sesso, alla primogenitura e all' esser nati dal medesimo o da diverso matrimonio, all' essere stati o no emancipati dalla patria potestà di colui al quale succedono (*Nov 118 cap. 1 e 4*). Se i discendenti che succedono sono tutti di di primo grado, cioè se sono tutti figli del defunto, si dividono la eredità *in capita*. Negli altri casi se la dividono *in stirpes* (*Istit.* §. *6 e 16 de hered. quæ ab int. def. III*, 1 - *Nov.* 118 *cap.* 1).

2ª Classe

La seconda Classe chiamata a succedere, consta di tre categorìe di persone:

a) Gli ascendenti del defunto.

b) I suoi fratelli e sorelle germani, ossia i collaterali bilaterali.

c) I figli e figlie dei collaterali bilaterali premorti;

I nipoti di questi collaterali bilaterali non sono chiamati in questa seconda Classe, come già fu poco sopra avvertito. A costoro Giustiniano non concesse il Diritto di rappresentazione.

Queste 3 Categorìe di persone vengono contemporaneamente alla successione, ma purchè non esista alcuno ascritto alla prima Classe, cioè alcuno ascendente.

Ora rispetto a queste 3 categorìe di persone, costituenti la 2 Classe, possono darsi più casi diversi:

(A) Che esistano *soli ascendenti*.

(*a*) Se essi *appartengono alla stessa linea* p. e. se sono tutti ascendenti paterni, il più prossimo della linea esclude il più remoto: e se sono di ugual grado si dividono la eredità in *capita*:

(*b*) Se sono di *linee diverse*, anche fra questi il più prossimo esclude il più remoto, ma se *sono di ugual grado* l' eredità si divide *in lineas*, vale a dire metà anderà agli ascendenti paterni, metà ai materni (*Vedi Novella 119 cap.* 2), qualunque sia il loro numero.

(B) Che esistono soli fratelli e sorelle germani del defunto, ossia soli collaterali bilaterali. Fra questi la divisione si fa *in capita*,

(C) Che esistano soli figli e figlie di questi collaterali bilaterali premorti alla persona della cui eredità si tratta.

Allora la divisione secondo alcuni si fa *in capi*, secondo altri *in stirpes*. Sebbene fosse più giusta la divisione *in stirpes*, quella in capi è più comunemente ritenuta (a).

Queste fin quì esaminati sono 3 casi semplici, giacchè abbiamo supposta la esistenza di una sola delle 3 categorìe di persone chiamate nella seconda Classe. Veniamo ora alla combinazione di *due a due* di queste categorìe, e poi di *tutte e tre* insieme.

A) Possono concorrere, *Ascendenti e figli e figlie dei fratelli e sorelle germani del defunto.* Gli ascendenti escludono questi figli e figlie dei collaterali bilaterali. Tale è almeno la opinione più comune. (b)

B) Possono concorrere *Ascendenti*, e *fratelli e sorelle germani del defunto*, ossia collaterali bilaterali: La divisione si *fa in capita.*

C) Possono concorrere *Collaterali bilaterali*, e *figli di altri collaterali bilaterali* premorti: La divisione si fa *in stirpes.* Questi sono 3 casi, nei quali le Categorìe di persone chiamate nella seconda Classe, possono combinarsi due a due.

L' ultimo caso ed il più complesso, è quello nel quale tutte e tre le categorìe di persone costituenti la seconda Classe concorrano insieme: vale a dire può darsi che coesistano:

1.° Ascendenti. 2.° Collaterali Bilaterali 3.° Figli e figlie di alcuni collaterali bilaterali premorti. Prima della Novella 127,

(a) Così ritiene in caso analogo, la legge del 19 Agosto 1814 art. 23.
(b) Così dispone anche l' art. 16 della patria legge del 19 agosto 1814.

e così per la Novella 118, i figli e figlie dei collaterali bilaterali premorti sarebbero stati in questo caso esclusi. Ma per la Novella 127 essi sono ammessi a rappresentare i loro genitori. Talchè la divisione si fa in questa guisa: Si fanno tante parti della Eredità quanti sono gli Ascendenti, i Collaterali bilaterali viventi, e quanti erano i Collaterali bilaterali premorti, i quali, lasciarono figli. E la porzione che sarebbe spettata a ciascuno di questi collaterali bilaterali premorti, si attribuisce ai figli di essi, i quali se la dividono fra loro in capi. Mancando qualunque persona delle 3 categorìe componenti la Seconda Classe, si passa alla successiva Classe, vale a dire alla

3.° *Classe*

la quale è composta di due Categorìe di persone:

1.° Fratelli e Sorelle consanguinei o uterini del defunto, ossia Collaterali unilaterali.

2.° Figli e figlie di Collaterali unilaterali, premorti alla persona la cui eredità si tratta di dividere.

Anche quì bisogna distinguere più casi:

A) Possono esistere soli collaterali unilaterali: ed allora si dividono la eredità *in capita.*

B) possono esistere soli figli e figlie di collaterali bilaterali: e si dividono la eredità *in capita*: almeno secondo la più comune opinione.

C) Possono concorrere queste due categorìe di persone, vale a dire ed i collaterali bilaterali ed i figli e figlie di collaterali bilaterali predefunti: e la eredità si divide *in stirpes.* Mancando tutte le persone comprese nelle due Categorìe di questa 3.° Classe, la Eredità passa alla

4.° *Classe.*

Questa comprende tutti gli *altri Collaterali.*

Fra questi il più prossimo esclude il più remoto

Gli ugualmente prossimi si dividono la Eredità in *capita* (*Nov. 118 cap. 3 in fine*).

Successione di altre persone.

§. 730. Oltre i parenti, vi sono altre persone alle quali la legge per motivi speciali dà un Diritto di successione. Queste persone sono le seguenti:

1.° Il conjuge superstite succede all' altro conjuge, quando non si presenti alcuno nelle quattro Classi di persone ora ricordate. Ed anche in Gius Nuovo, succede invocando l' Editto del Pretore *unde vir et uxor*. È questo il solo caso della *bonorum possessio ab intestato* rimasto dopo le Novelle (*Istit*, 8. 6 *de bon. poss.* III, 9 - *Dig. unde vir. et uxor.* XXXVIII, 11 - *Cod. eod.* VI, 18). Allorquando un marito lascia morendo la moglie povera *ed indotata*, essa hà Diritto di venire a partecipare alla Eredità del marito. Anzi anche nel caso che il marito abbia fatto Testamento, può essa pretendere la sua porzione dalla legge fissata, la quale consiste nella proprietà di una *porzione virile*, se concorre con *4 o più discendenti*. Se concorre con un numero di discendenti minore, o con altri parenti, sieno essi pochi o molti, acquista sempre la quarta parte (*quarta uxoria*) di tutta la Eredità in proprietà, (*Nov.* 117 *cap.* 5) tranne se esistessero figli dello stesso suo matrimonio, nel qual caso essa acquista il solo usufrutto di quella quarta finchè vive. (*Nov* 117 *cap.* 5). Questi Diritti non spettano alla fidanzata, nè alla moglie divorziata.

2.° Chi ha raccolto e custodito un demente abbandonato da coloro che avrebbero dovuto succedergli, i quali sono stati inutilmente intimati a prenderne cura, è per Diritto Romano chiamato a succedergli, escludendo quei congiunti disamorati, se il demente muore nello stato di alienazione mentale (*Nov.* 115 3 §. 12.).

3.° Se alcuno non può, o non vuole acquistare la Eredità secondo le regole fin quì spiegate, in tal caso l' eredità rimasta vacante (*bona vacantia*), si devolve al Fisco (*cost.* 1, *e* 4 *Cod. de bonis vacant* X, 10). Tuttavìa vi sono alcune persone, che sono preferite al fisco, cioè:

1.° Le Chiese ed i Conventi, per Diritto Romano, eredita-

no dai loro Chierici e Monaci (*cost.* 20 *Cod. de episc. et cler.* I, 2 - *Nov.* 5 *cap.* 5 - *Nov.* 131 *cap.* 13).

2.° La Legione dai Soldati (*fr.* 6 §. 7 *Dig. de injusto rupto, irrito test.* XXVIII, 3 - *cost.* 2 *Cod. de hered. dec.* VI, 62.)

3.° Inoltre altre comunità, come quella dei Decurioni, dei Barcajoli, degli Armajoli ec. ereditano dai loro membri (*cost.* 1, 3 - 5 *Cod. de hered. dec. VI*, 62).

§. 731. In ultimo luogo viene il Fisco (*cost.* 1 4, 5 *Cod. de bon. vacant. X*, 10 - *fr. ult. Dig. de successs. edicto XXXVIII*, 9). Il Fisco nel raccogliore l' Eredità vacante, ha l' obbligo di pagare i debiti, di prestare i Legati e le altre gravezze, dentro le forze dell' Eredità, vale a dire fino a concorrenza dell' attivo (*fr.* 11 *Dig. de jure fisci XLIX*, 14 - *fr.* 69 §. 1 *fr.* 11 4 §. 2 *Dig. de legatis* XXX. *Nov.* 1 *cap.* 1 §.). Questo Diritto del Fisco si estingue dopo 4 anni, che si contano dal momento in cui l'Eredità cominciò ad essere giacente. Scorso questo tempo, non è più lecito promuovere azione contro il possessore dell' intiera eredità, sotto qualunque titolo, ed in qualunque modo l' abbia acquistata (*cost.* 1 *Cod. de quadrienn. præscript. VII*, 37 - *Istit.* §. 9 *de usucap. II*, 6 - *fr.* 10 §. 1 *Dig. de div. temp. præscript. XLI*, 3 - *fr.* 1 §. 2 *Dig. de jure fisci XLIX.* 14.), (a).

(a) In Toscana le successioni ab intestato sono regolate da un Editto speciale del 18 Agosto 1814 nel quale predomina il voto agnatizio, come può rilevarsi dal disposto del medesimo, che riportiamo:

La Successione intestata è deferita dalla Legge ai discendenti, agli ascendenti, ai collaterali, con la prelazione respettiva del più prossimo grado al più remoto, eccettuato il caso nel quale ha luogo il Diritto di rappresentazione (*art.* 1). I gradi si computano secondo le regole del Diritto Civile Romano, calcolando tanti gradi quante sono le generazioni (*art.* 2.). Nel momento della morte o naturale o civile di quello della cui eredità si tratta, il possesso della eredità medesima è trasferito dalla Legge per modo di non interrotta continuazione nel successore legittimo (*art.* 3). Nella Eredità si comprendono tutti i beni, che nel momento della pubblicazione della presente legge costituiscono il patrimonio libero dei possessori in Toscana (*art.* 4). Si comprende nella eredità anche tutto quello che sia pervenuto per qualunque mezzo nel defunto dal conjuge premorto (*art.* 5). I figli nati da qualunque matrimonio, e i loro discendenti maschi di maschi legittimi e naturali, succedono in tutta la Eredità del padre, o altro ascendente maschio della linea paterna, in esclusione delle figlie o altre discendenti femmine, e dei discendenti di esse, qualunque sia il loro grado di prossimità. (*art.* 6) Le figlie e altre discendenti femmine e i discendenti di esse, qualunque sia il loro grado di prossimità sono ugualmente escluse dalla successione nella

eredità della madre dai figli nati da qualunque matrimonio, e dai loro discendenti maschi di maschio legittimi e naturali, e così non tanto dai fratelli germani, quanto dai fratelli uterini, e dai maschi di maschio discendenti dai medesimi (*art.* 7). I figli di primo grado succedono in capi; gli altri discendenti godono del diritto di rappresentazione, e succedono in stirpi, tanto se concorrono con i figli di primo grado, quanto se, essendo soli, derivano da stipiti diversi (*art.* 8). Non esistendo figli, nè discendenti maschi di maschio legittimi e naturali, in tutta l'eredità del padre e degli altri ascendenti maschi della linea paterna succedono le figlie nate da qualunque matrimonio, o altre discendenti femmine, e i loro discendenti legittimi e naturali, sì maschi che femmine, nel modo che è stato prescritto per i figli e discendenti maschi di maschio (*art.* 9). Le figlie nate da qualunque matrimonio, e altre discendenti femmine, e i loro discendenti legittimi e naturali, sì maschi che femmine, succedono nello stesso modo nella eredità della madre in difetto dei figli nati da qualunque matrimonio, e dei loro discendenti maschi di maschio, e così dei fratelli, non tanto germani quanto uterini, e dei maschi di maschio discendenti dai medesimi (*art.* 10) Sotto nome di figli e discendenti legittimi e naturali, tanto maschi quanto femmine vengono i legittimati per susseguente matrimonio (*art.* 11) I figli naturali non succedono al padre e alla madre se non che che in esclusione del conjuge superstite e del Fisco; ma hanno diritto di conseguire dai genitori, e dalla loro eredità gli alimenti necessarj, sempre chè, rispetto al padre, siano stati riconosciuti per suoi, o dal medesimo, o per dichiarazione del Giudice (*art.* 12). I figli spurj succedono alla madre in esclusione soltanto del conjuge superstite e del Fisco, e da essa unicamente e dalla sna eredità hanno Diritto di conseguire gli alimenti necessarj (*art.* 13). I figli adulterini e i figli incestuosi non succedono mai nè al padre nè alla madre, e hanno soltanto diritto di conseguire gli alimenti necessarj dai genitori viventi (*art.* 14), I figli adottivi non succedono se non che nel modo che sarà stabilito nel titolo dell' Adozione (*art.* 15). Se non esistano figli e discendenti legittimi e naturali, o legittimati per susseguente matrimonio come sopra, in tutta l' eredità del defunto succedono il padre e gli altri ascendenti maschi della linea paterna, osservata la prossimità del grado, meno il caso della esistenza dei fratelli del defunto, o di essi e dei figli maschi dei fratelli premorti; nel qual caso i fratelli consuccedono secondo il numero delle persone con gli ascendenti predetti, e i figli dei fratelli conseguiscono tanta porzione della eredità, quanta ne conseguirebbero i loro respettivi genitori, se fossero superstiti (*art.* 16). La consuccessione dei figli dei fratelli premorti non deve per altro aver luogo qualora manchi il concorso dei fratelli del defunto; e in tal caso succedono in tutta l' eredità gli ascendenti predetti, osservata come sopra la prerogativa dei grado. La madre e le altre ascendenti femmine della linea paterna, ugualmente che gli ascendenti della linea materna, tanto maschi quanto femmine sono esclusi in tutti questi casi dalla eredità come dalla legittima, e la sola madre ha diritto di conseguire gli alimenti secondo la sua condizione, e secondo le forze della eredità, unicamente in concorso dell' avo e del pro avo (*art.* 18). In difetto del padre e degli altri ascendenti maschi della linea paterna, la madre e le altre ascendenti femmine della stessa linea, se esistono i fratelli del defunto, o insieme con essi i figli maschi dei fratelli premorti, succedono secondo il grado della loro prossimità nell' usufrutto di quella porzione, che in questo caso apparterrebbe al padre o altro ascendente maschio della medesima linea paterna. Se non esistono i fratelli del defunto, o insieme con essi i figli maschi dei

fratelli premorti, ma esistono o i soli figli dei fratelli premorti, o i maschi agnati trasversali fino al quarto grado inclusive, allora succedono nell' usufrutto di tutta la eredità. E se non esiste nemmeno alcun maschio agnato trasversale fino al quarto grado *inclusive*, succedono le predette femmine ascendenti, osservata la prerogativa del grado, in tutta la eredità, eccettuato il caso del concorso delle sorelle del defunto, o insieme con esse dei figli sì maschi che femmine delle sorelle predefunte, o delle figlie dei fratelli premorti; nel qual caso ha luogo la consuccessione nel modo che è stato prescritto di sopra per la consuccessione degli ascendenti maschi della medesima linea nel concorso del defunto, e dei figli maschi dei fratelli premorti (*art.* 19). - Il padre e la madre non succedono ai figli naturali, che in esclusione del conjuge e del Fisco, ma hanno diritto di conseguire dai medesimi e dalla loro eredità gli alimenti necessari (*art.* 20). La madre non succede ugualmente ai figli spurij che in esclusione del conjuge e del Fisco, ma ha diritto di conseguire da essi e dalla loro eredità gli alimenti necessarj (*art.* 21). - Nè il padre nè la madre succedono mai ai figli adulterini e incestuosi, ma hanno soltanto diritto di conseguire gli alimenti necessarj da questi figli viventi (*art.* 22). - In mancanza del padre e degli altri ascendenti maschi della linea paterna, succedono in primo luogo i fratelli del defunto, e i figli maschi dei fratelli premorti, i primi in capi, i secondi in stirpi concorrendo con gli zii, ed in capi, se sieno soli; fermo stante quanto fu disposto circa l' usufrutto della madre, e delle altre femmine ascendenti della linea paterna. In secondo luogo succedono gli agnati maschi trasversali fino al quarto grado *inclusive* secondo la loro prossimità, escluse tutte le femmine, e riservato come sopra l' usufrutto alla madre e alle altre ascendenti femmine della predetta linea paterna. In terzo luogo succedono le sorelle, i figli sì maschi che femmine delle sorelle predefunte, e le figlie dei fratelli premorti, nel modo stesso che è detto rapporto ai fratelli e ai figli maschi dei fratelli premorti, se non esistono la madre, o altre femmine ascendenti della linea paterna; ed esistendo ésse, nel modo che è stato per questo caso stabilito nell' articolo 19. In ultimo luogo succedono i congiunti, tanto agnati quanto cognati, o siano ascendenti materni, o siano trasversali, fino a decimo grado *inclusive*, senza distinzione di sesso, e osservata solamente là loro prossimità (*art.* 23). I fratelli consaguinei e loro discendenti, in tutti i casi nei quali sono come sopra chiamati a succedere, concorrono con i fratelli germani e loro discendenti. Le sorelle consanguinee e loro discendenti concorrono ugualmente con le sorelle germane e loro discendenti. Gli uterini e loro discendenti non succedono che nell' ordine dei cognati (*art.* 24). - Tuttociò che è stato disposto quanto alla prelativa successione dei figli e loro discendenti maschi di maschio, degli ascendenti maschi della linea paterra, e degli agnati maschi collaterali fino al quarto grado inclusive, ha luogo nel solo caso che si tratti di succedere ad un maschio o ascendente della linea paterna, o discendente da maschio, o agnato collaterale. Se si tratta di succedere ad una femmina, o ad uu ascendente maschio della linea materna o ad un maschio cognato, in tal caso, salvo ciò che è stato disposto quanto alla successione dei discendenti nella eredità della madre, la successione senza distinzione tra maschi e femmine, tra agnati e cognati, si regola col diritto civile romano (*art* 25). - Mancando i discendenti legittimi e naturali, gli ascendenti e i collaterali fino al decimo grado *inclusive*, e neanche esistendo i figli naturali e spurij, succede in tutta l' eredità del defunto il conjuge superstite (*art.* 26). - Sopravvivendo senza figli comuni; o lo-

PARTE IV.

Dell' acquisto dell' eredità.

CAPITOLO I.

Modi di acquistare l' eredità

Istit. Lib. II, Tit. 19 de heredum qualitate et differentia - Dig. Lib. XXIX. Tit. 2 de acquirenda vel omittenda hereditate - Cod. Lib. VI. Tit. 30 de jure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate.

§. 732 La Delazione dell' Eredità apre l' adito per la persona a favore della quale avviene, ad acquistare l' Eredità de-

ro discendenti, la moglie indotata, o priva di mezzi onde alimentarsi convenientemente, avuto riguardo alla condizione del marito, e concorrendo con gli altri eredi legittimi che la escludono, succede nell' usufrutto della quarta parte della eredità del marito premorto, e ne gode durante la sua vita, o finchè non passi alle seconde nozze (*art.* 27). - Sopravvivendo il marito senza mezzi di sussistenza convenienti alla sua condizione, e mancando parimente di figli comuni, o loro discendenti, succede nel concorso degli altri eredi legittimi della moglie, nella stessa quota di usufrutto sopra la di lei eredità; ed esso pure gode di quest' usufrutto finchè viva, o non passi ad altro matrimonio (*art* 28). - In mancanza di qualunque erede legittimo, dei figli naturali e spurj, e del conjuge, succede il Fisco, nel quale non passano le azioni, e le obbligazioni del defunto che al momento dell' agnizione e dentro le forze dell' eredità (*art.* 29). - Tutti i forestieri appartenenti ad un paese in cui i suddtti degli Stati di Toscana non vengono esclusi dalle successioni, sono abilitati a succedere negli Stati di Toscana nel modo stesso col quale succedono i sudditi medesimi (*art.* 30). - I forestieri predetti non possono godere del favore della presente legge esclusiva dolle femmine, se non in quanto provino che la legge di successione vegliante nel paese al quale appartengono, accordi una pariformità di Diritto nei casi e gradi respettivi agli eredi sudditi Toscani, altrimenti devono succedere secondo la parità e prossimita del grado (*art.* 31). - Osserveremo quì che il Titolo delle Adozioni cui appella l'art. 15 non fu mai publicato attalchè è d' uopo ricorrere al disposto del Diritto Romano per quel che riguarda la successione dei figli adottivi. - Aggiungeremo che il Motuproprio dell' undici Decembre 1835, proclamando indistintamente la successibilità dei forestieri di qualunque nazione, abolì il disposto dell' art. 30 dell'Editto successorio del 1814 in quanto manteneva una retorsione da nazione a nazione, ma lasciò sussistere le disposizioni dell' art 31 del suddetto Editto inducente una retorsione da individuo a individuo, ed invocabile non già dagli esteri fra loro, ma solamente dai Toscani con gli Esteri concorrenti ad una medesima eredità aperta in Toscana (Annali di Giurisprudenza Anno V, parte 1 col. 221, 222).

lata. Il Diritto Romano esige per regola un *fatto speciale* di acquisto; avvegnachè per Diritto Romano l' Eredità *ordinariamente* sia *offerta, non imposta*. Dunque è necessario all' acquisto un fatto speciale, che manifesti la volontà di acquistare l' Eredità (*Istit.* §. 2 *h. t. II*, 19.). Questa regola soffre limitazione per rispetto a coloro, che sono sotto l' *jus o la potestas* della persona della cui eredità si tratta. Costoro acquistano l' Eredità *ipso jure*, e perfino contro loro volontà ed a loro insaputa, e nel momento stesso che è a loro deferita; onde la distinzione di: Eredi *Necessarj* e Eredi *Volontarj*. Siffatta distinzione si riferisce soltanto all' *Hereditas*, poichè la *bonorum possessio* non si acquista mai *ipso jure* (*fr.* 3 §. 3 *Dig. de bon. poss. XXXVII*, 1.).

A) *Eredi Necessarj.*

§. 733. Per Diritto Romano sono tali:

a) I Servi.

b) Le persone sottoposte immediatamente alla potestà della persona, che lascia l' Eredità. I primi si dicono *necessarii heredes* i secondi *sui et necessarii* (*Gajo II*, 152 - *Istit. h. t. pr.*).

(*a*) *I Servi.* (*Heredes Necessarii*)

§ 734. Il Servo proprio poteva essere istituito (lo dicemmo) a condizione che insieme alla istituzione, fosse scritta la manomissione. In seguito la manomissione fu presunta, ogni qualvolta occorreva la istituzione in erede del Servo proprio (*Vedi sopra* 654 *pag.* 411). I Servi erano dalle Leggi dichiarati *Eredi Necessarj*, affinchè il padrone che li istituiva fosse abilitato, comunque oberato lasciasse il patrimonio, ad avere un Erede: e fosse così sottratto all' ignominia, che i suoi creditori fattisi immettere nel possesso del medesimo, lo vendessero in suo nome (*Gajo II.* 154 - *Istit.* §. 1 *h. t.*). In compenso dello svantaggio, che tale disposto di Legge portava al Servo, obbligato ad essere Erede a suo malgrado, egli acquistava la libertà; di più conservava la proprietà dei beni, che dopo la morte del padrone egli avesse acquistato. Ma affinchè questi be-

ni fossero esenti dalle azioni dei creditori del suo padrone, faceva di mestieri che impetrasse ed ottenesse dal Pretore il così detto *beneficio della separazione dei Patrimonj*, cioè la separazione del patrimonio che aveva accumulato dopo la morte del padrone, dal patrimonio del padrone stesso, pervenutogli per eredità (*Gajo II*, 155 - *fr.* 1 §. 18 *Dig. de separat. XLII*, 6). Se non otteneva questo benefizio, i Creditori del padrone facevano vendere tanto il patrimonio del padrone, quanto quello del Servo suo erede, perchè confusi insieme (*propter contractionem*). Tuttavolta se dopo questa vendita, il Servo avesse acquistati altri beni, questi erano al sicuro dalle azioni dei Creditori del defunto padrone; perchè venduti una volta tutti i beni del defunto, non si poteva pretendere che con quelli si fossero confusi i beni del Servo (*Gajo II*, 155). Affinchè il Servo fosse Erede Necessario, addimandavasi, che e nel momento in cui fu fatto il Testamento, ed in quello della morte del Testatore, egli fosse in potestà del Testatore medesimo (*fr. 49 Dig. de hered. instit.* XXVIII, 5). Chè se fosse stato manomesso nello intervallo fra la fazione del Testamento e la morte del Testatore, non sarebbe stato più un Erede Necessario, ma invece Volontario. (*Istit.* § 1 *de hered. instit. II*, 14 - *Istit.* §. 3 *h. t. II*, 19).

(*b*) Persone sottoposte all' immediata potestà del Testatore (*Heredes Sui et Necessarii*).

§. 735. Già abbiamo spiegato la ragione del nome *Heres suus*. L' *Heres suus* era anche *Erede Necessario*, perchè alla pari del servo, *ipso jure* diveniva erede, lo volesse o no, lo ignorasse o lo sapesse. Ma se l'Erede necessario era istituito sotto la condizione potestativa *si volet*, acquistava la successione soltanto dietro una dichiarazione di volontà (*fr. 12 Dig. de condit. instit. XXVIII*, 7, - *fr.* 86 §. 1 *Dig. de hered. instit. XXVIII.* 5). Essendo cosa durissima l' astringere i discendenti ad essere Eredi, quando il patrimonio del defunto era oberato, il Pretore abilitava costoro ad astenersi dall' Eredità. Questo benefizio fu detto *beneficium abstinendi*. L' *Heres suus*, il quale gode di questo benefizio, non cessa per ciò di essere erede, essendo questa una qualità che egli acquista *ipso jure*, e qua-

lità che una volta acquistata più non si perde, giusta il principio: *Semel heres semper heres*; ma il Pretore lo trattava come se Erede non fosse; (*fr. 12 pr. Dig. de inter. in jure XI, 1*) e tale finzione aveva per effetto, che l' acquisto della Successione non gli riuscisse nè vantaggioso, nè pregiudicevole. Non era obbligato a pagare i Debiti, nè i Legati etc. ma il Testamento non era *Destituto* per la sua astensione (*Gajo II, 158 - 163 - Ulp. XXII, XXIV. - fr. 57 Dig. de acq. vel. amitt. hered. XXIX, 2 - fr. 30 §. 10 Dig. de fideicom. libert. XL, 10*). Il beneficio dell' *astensione* o *beneficium abstinendi*, del quale godevano gli *Heredes sui e Necessarii*, era non poco diverso dalla *Separazione dei patrimonj*, che potevano ottenere gli *Eredi Necessarj*; ne differiva infatti sì nella *forma*, come negli *effetti*.

a) Nella *forma*, perchè il *beneficium abstinendi* non dovevasi chiedere; bastava che l' Erede non si mescolasse nell' Eredità; non si esigevano nè dichiarazioni, nè dimanda per parte sua (*fr. 12 Dig. de acq. vel. amitt. hered. XXIX, 2*). Per lo contrario la Separazione dei Patrimonj dovevasi chiedere al Pretore, il quale la concedeva con un Decreto.

b) Negli *effetti*, poichè in conseguenza dell' astensione, nessuna azione o persecuzione poteva essere diretta dai Creditori contro l' *Heres suus*; all' opposto, nonostante la separazione dei Patrimonj, i creditori del defunto conservavano le loro azioni contro l' *Erede Necessario*; se non che queste erano limitate all' ammontare del patrimonio *netto* da esso lasciato. Gli effetti favorevoli dell' astensione, non si verificavano se l' Erede *suus et necessarius* avesse sottratto o fatto sottrarre alcunchè dall' Eredità, o se si fosse immischiato nella medesima (*fr. 71 §. 3 - 9 Dig. eod. XXIX, 2*). Ció non pertanto gli Impuberi potevano invocare questo benefizio, ancora quando si fossero mescolati nella successione; ed il pubere otteneva facilmente la restituzione in intiero (*fr. 11, 12, 57 Dig. eod. XXIX, 2 - Istit. §. 5 h. t. II. 19 - Gajo II, 163.*). D' altronde la prova che l' Erede si fosse mescolato nella successione, doveva essere fornita da chi allegava questo fatto. *L' heres suus* che si asteneva poteva, finchè i beni ereditarj non fossero venduti dai cre-

ditori (*donec res paternæ in eodem statu permanserint*) pentirsi ed accettare l' Eredità; ma Giustiniano pose il limite di tre anni a questa facoltà, sempre sotto la condizione ad esercitarla, che in questo tempo la vendita non fosse stata eseguita (*fr.* 8 *Dig. de jure delib. XXVIII, 8 - cost.* 6 *Cod. de repud. vel. abst. hered. VI,* 31.).

Eredi Volontarj o Estranei.

§. 736. Tali sono tutti coloro, che non rivestono la qualità di *Necessarj*. Sono detti Volontarj perchè l' acquisto dell' Eredità dipende dal loro libero arbitrio, e sono detti *Estranei* in contrapposto ai *sui*. Essi non acquistano l' Eredità *ipso jure*; l' acquistano in conseguenza di una manifestazione del loro volere. Per acquistare l' *Hereditas* è necessaria l' *Adizione* (*Aditio*), voce che deriva *da ire ad, adire hereditatem* significando, *ire ad hereditatem*. La parola *Adizione* nel suo significato più ampio esprime: qualunque manifestazione del volere di acquistare l' Eredità. L' Adizione ha assunto tre forme diverse:

1.° La *Cretio*. 2.° L' *Aditio*, *propriamente detta* 3.° La *pro herede gestio*.

1.° *La Cretio.*

§. 737 Così si chiamava l' accettazione solenne di una Eredità *Testamentaria*, dentro il tempo stabilito dal Testatore, fatta con la formula sacramentale, che Gajo ed Ulpiano riferiscono (*Gajo II.* 164 - *Ulp. XXII,* 28) ; « *Quod me Publius* « *Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem* « *adeo, cernoque* » *Crezione* (voce che Gajo fa derivare da *cernere*, quasi *decernere Com. II.* §. 164), significava ancora quel numero di giorni assegnati dal Testatore all' Erede, nei quali doveva deliberare se gli conveniva accettare l' Eredità. Il Testatore assegnava questo termine a deliberare dicendo: « *Titius heres esto*, *cernitoque in diebus centum proximis* « *quibus scieris*, *poterisque, nisi ita creveris exheres esto* » (*Ulp. XXII,* 30). Del Testatore che assegnava questo termine

si diceva *Cretionem dare*: dell' Erede che dentro il medesimo accettava solennemente l' Eredità, *cernere hereditatem* (*Varrone VII, 97*). Generalmente il termine per la crezione era di 100 giorni, ma il Testatore aveva facoltà di assegnarne uno più lungo o più breve, ma talvolta se era più lungo, il Pretore l' abbreviava (*Gajo II, 170*). L' erede prima dello spirare di questo termine, doveva accettare l' Eredità; prima del suo spirare, poteva pentendosi accettare l' Eredità, che aveva precedentemente rifiutata (*Gajo II, 168 - Ulp. XXII, 30* - La Crezione poteva essere configurata in due maniere,

a) Il Testatore poteva ordinare che il termine assegnato all' Erede non cominciasse a decorrere se non che dal giorno in cui egli avesse saputo di potere o potuto (*in diebus quibus scieris poterisque*) adire la Eredità (*Vulgaris cretio*), o

b) Il Testatore poteva ordinare che il termine decorresse immediatamente, e ciò faceva omettendo la clausula: *quibus scieris poterisque* (*Continua Cretio*). Questa *Continua Cretio*, come più rigorosa della *Vulgaris* era meno frequentemente adoperata (*Gajo II, 172 - Ulp. XXII, 31*). Se l' Erede adempiva alla *Cretio* nel tempo stabilito, acquistava l' Eredità: se invece lasciava decorrere il termine senza fare la Crezione, si riteneva che avesse *omesso* di acquistare l' Eredità. Il Testatore poteva imporre la Crezione con diseredazione o senza; nel primo caso la *cretio* si diceva *perfecta*, nel secondo *imperfecta*. Nella *Cretio perfecta* il Testatore dopo aver fissato il termine aggiungeva le parole: *quod ne ita creveris exheres esto*, e perciò se l' erede non obbediva, perdeva qualunque diritto alla successione, comunque avesse eseguito atti di *pro herede gestor* (*Gajo II, 165, 166, 176*). Nella *Cretio imperfecta* il Testatore dopo aver fissato il termine invece di dire: *si non creveris exheres esto*, aggiungeva le parole, *Si non creveris, tunc Maevius heres esto*. In tal caso l' erede cui era stata imposta la Crezione, con l' obbedire al Testatore, escludeva il sostituito a lui; col disobbedire, ma col fare atti di *pro herede gestio* lo escludeva in parte, cioè consuccedeva seco a parti uguali: ma poi Marco Aurelio stabilì, che ancora col fare atti di *pro herede gestio* escludesse del tutto il sostituito; ma che il sostituito escludes-

se lui, se egli non avesse fatto crezione, nè atti di *pro herede gestio* (*Ulp.* XXII, 24). La Crezione andò a poco in disuso perchè divenuta inutile dopo che il Pretore ebbe accordato, come diremo, un termine a deliberare (*spatium deliberandi*) ; essa fu espressamente soppressa da una Costituzione di Arcadio e Teodosio I. (*cost. 17 Cod. de jure delib. VI, 30*), e nel Diritto Giustinianeo non se ne fa più menzione.

2.° *Aditio propriamente detta*

§. 738. Questa si eseguiva con la manifestazione pura e semplice della volontà di essere erede; eseguita cioè senza formalità. Ma doveva essere esplicita, e fatta personalmente; non per procuratore (*fr. 90 Dig. h. t. XXIX, 2 - fr. 54 pr. Dig. de acq. rer. dom. XLI, 1*). Adita l'*Hereditas*, l' Erede ne acquista il Dominio, ma non il Possesso; per acquistare il Possesso si addimanda un atto speciale (*fr. 23 pr. fr. 30 §. 5 Dig. de acq. vel omitt. possess. XLI, 2*).

3.° *Pro herede gestio.*

§. 739. A differenza della *Cretio* e dell' *Aditio* propriamente detta, modi espliciti di acquistare l' Eredità, la *Pro herede gestio*, è un modo implicito. Consiste essa nel condursi come un erede, nell'eseguire atti proprj di un erede, (*heres*) o proprietario (*herus, dominus*): *veteres enim heredes pro domini appellabant* (*Gajo II, 166 - Paolo IV, 8, 25 - fr. 17 §. 1 fr. 19 fr. 20 Dig. de acq. hered. XXIX, 2*). Così il vendere le cose ereditarie, sarebbe atto da erede o da padrone, perchè di regola questi solo può vendere; non già l'amministratore; non così il riscuotere dei crediti, perocchè ciò è lecito anche al *negotiorum gestor* (*Istit. §. 7 h. t. II, 19*). Ma se gli atti impresi per rispetto ai beni ereditarj, fossero conseguenza di un errore, o fossero misure conservatorie, non potrebbero essere considerati come prove dell'accettazione o dell'acquisto di una Eredità (*fr. 20 Dig. de acq. vel. omitt. hered XXIX, 2*).

L' *Aditio* e la *pro herede gestio* sono applicabili tanto alla Eredità Testamentaria, quanto alla Legittima.

§. 740. L' Adizione dell' eredità può avvenire soltanto dopo la delazione, e dopo che tal delazione è stata *conosciuta* dall' erede, ed egli ha avuto notizia del fondamento della delazione medesima, cioè ha saputo se l' eredità gli è deferita per testamento o per legge. Trattandosi di eredità Testamentaria si richiede inoltre, che l' erede sappia qual è il Testamento in cui è stato istituito, sebbene in Gius Nuovo non sia necessario che l' apertura del testamento, preceda l' adizione (*cost. 1* §. *1 Cod. de caduc. toll. VI' 51*). Mancando le accennate condizioni, l'adizione dell' eredità non varrebbe (*fr. 19, 22, 32, 51 Dig. de acq. vel amitt. hered. XXIX, 2*).

§. 741. L' adizione dell'eredità deve essere fatta *liberamente* (*fr. 6* §. *7 fr. 20, fr. 88 Dig. de acq. vel omitt. hered. XXIX, 2*), ed in quella guisa in cui è deferita; non è lecito adire la eredità *sotto condizione o in parte* (*fr, 1. fr. 2, fr. 51* §. *2 fr. 52* §. *1 fr. 53 Dig. do acq. vel omitt. hered. XXIX, 2*).

§. 742. L' erede non è obbligato a dedurre all' esercizio il suo diritto di acquistare l' eredità, *dentro un certo termine*, se non quando: 1° quel termine gli sia stato imposto dal Testatore; 2° gli sia stato assegnato dal Giudice dietro, le istanze degli interessati all' accettazione o alla repudia, 3° o egli lo abbia chiesto per deliberare, se gli convenga acccettare o rifiutare: *spatium deliberandi*. (*Gajo II, 167, - fr. 1* § *1 Dig. de jure delib. XXVIII, 8*).

§. 743. É ciò sia detto intorno all' acquisto dell' *Hereditas*; relativamente all' acquisto della *bonorum possessio* valgano regole diverse. - La *bonorum possessio* infatti, poteva essere chiesta ancora per procuratore (*fr. 5* §. *7, fr. 7 Dig. de bonor poss. XXXVII, 1*); poteva inoltre, negli ultimi tempi, essere chiesta eventualmente anche avanti la Delazione (*cost.* 9 *Cod. qui adm. ad bon. poss. VI. 9*), ma conosciuta la delazione, era sempre limitata ad un breve termine fissato, come dicemmo, in un anno *utile* per gli ascendenti e discendenti, e in 100 giorni *utili* per gli altri (*fr. 1 pr.* §. 9 §. *12 Dig. de succes. ed.* XXXVIII, 9). Doveva essere chiesta sempre in giudizio, da primo dinan-

zi al Pretore, in seguito dinanzi a qualunque Magistrato (*Istit.* §. *7 de bon. poss. III, 9 - cost. 9. Cod. qui admit. ad bon. poss. VI, 9 Ved. sopra* §. *590. e seg. pag. 364 e seg.*).

§. 744. L' Erede può volere rinunziare all' Eredità; questa sua volontà di rinunziare, alla pari della volontà di acquistare, può resultare *espressamente* dalle parole, o può dedursi *tacitamente* dai fatti. - Come l' *Aditio* è una espressa maniera di accettare l' eredità, così la *Repudiatio* è una espressa maniera di rinunziare; e come la *pro herede gestio*, è una implicita e tacita manifestazione della volontà di essere erede, la *omissio hereditatis* (che si verifica per la inazione e pel silenzio protratti), è una implicita e tacita manifestazione della volontà di rinunziare all' eredità (*fr. 88 95 Dig. de acq. vel omitt. hered. XXIX, 2 - fr. 1* §. *4 Dig. ut in poss, legat. XXXVI, 4 - Cod. de repudianda vel abstinenda hereditate*). La rinunzia alla eredità per esser valida, addimanda gli stessi requisiti, che sono necessarj all' acquisto dell' eredità (*fr. 4 fr. 18 Dig. de acq. vel omitt. hered. XXIX. 2*); presuppone dunque anch' essa la Delazione (*fr. 13 pr.* §. *1, 2 fr.* 23, *fr. 94 Dig. de acq. vel omitt. hered.*), presuppone la scienza della delazione (*fr. 15 fr. 16, fr.* 23 *Dig de acq. hered.*), e così va discorrendo.

§. 745. L' *Erede estraneo o volontario* quando non abbia già accettata l' eredità, ha facoltà di rinunziarvi (*cost. 4 Cod. de repud. hered VI. 31*); ma rinunziatovi espressamente, non può poi adirla (*Gajo II, 169 - Ulp. XXII. XXIX. Istit.* §. *7 de hered. qual. II, 19*). La rinunzia di regola è libera all' erede estraneo o volontario (*Istit.* § *5 de hered. qual. II,* 19 - *fr. 12 Dig. de condit. XXVIII, 7*), non così all' erede *suus et neccessarius*, ammenochè non sia stato istituito con la condizione *si volet,* condizione che lo parifica ad un erede estraneo o volontario. Ma l' erede *suus et necessarius*, mediante il *beneficium abstinendi* (Vedi sopra §. 735 pag 481) consegue lo stesso resultato che se rinunziasse.

§. 746. La *bonorum possessio* dovendo essere chiesta da chiunque la desidera, chi non la vuole, basta che ometta di chiederla. È lecito ancora di rinunziarvi espressamente, ma tal

rinunzia viene parificata all'omissione di domanda: laonde chi rinunziò a chiedere la *bonorum possessio* nel proprio grado, può chiederla nel successivo, ove egli appartenga ancora a questo; e quando sia un erede civile, può far valere in ogni tempo il suo diritto creditario (*fr. 1 §. 10, e 11 de succes. ed. XXXVIII, 9 - fr 2 Dig. unde legit. XXXVIII, 7*). - Non lice rinunziare alla *bonorum possessio decretalis* perchè essa non è deferita finchè non è emanato il decreto, e dopo il decreto essa è già acquistata (*fr. 1 §. 7 Dig. de succes. ed. XXXVIII, 9*).

§ 747. Non è inutile, a compimento di quanto abbiamo detto sui modi di acquistare l' Eredità, porre in rilievo alcune notevoli differenze fra gli Eredi *Sui et Necessarii*, e gli Eredi Estranei o Volontarj.

(*a* Gli Eredi *Sui et Necessarii*, non *adiscono* l' Eredità, l' acquistano *ipso iure*: per costoro non si può distinguere *delazione* da *adizione* di Eredità. *I Volontarj* invece *adiscono* l' Eredità, espressamente o tacitamente, dopo che è stata loro *deferita*.

b) I primi si *astengono* dalla Eredità, i secondi, la *repudiano* od *omettono* di adirla.

c) Si ritiene che i primi abbiano rinunziato al *benefizio dell' astensione*, quando si provi il loro mescolarsi nell' Eredità (*se immiscere*); si ritiene che i secondi abbiano tacitamente accettato l' eredità, quando consti del loro condursi come eredi (*pro herede gerere*). *Vedi Istit. §. 4 h. t.*

d) I primi essendo eredi *ipso jure*, trasmettono ai proprj eredi l' Eredità appena è aperta, i secondi non la trasmettono di regola finchè non l' hanno adita (*cost. 5, e 19 Cod. de jure delib. VI, 30*).

§. 748. Per Diritto Romano ha facoltà di acquistare una Eredità, o di rinunziarla soltanto chi è *sui juris*, gode della pienezza delle facoltà intellettuali, ed ha la libera disponibilità del suo patrimonio. Di quì derivano le conseguenze che appresso:

1.º Il Servo altrui istituito erede, non può accettare l' eredità senza l' ordine del suo padrone (*jussu domini*) pel quale l' acquista (*Istit. §. 3 per quas. pers. nob. acq. II. 9*).

2º Il figlio di famiglia in Gius Antico essendo nella stessa

condizione del Servo, non aveva facoltà di acquistare una Eredità o di rinunziarla se non che dietro il comando del padre, pel quale acquistava (*fr.* 6 *pr.* §. *1* - *4 fr.* 8 §. *1 fr.* *13* §. *3 fr.* 36 *Dig. de acq. hered. XXIX*, 2 - *Istit.* §. 1 *per quas. pers. nob. acq. II*, 9.). Ma in Gius Nuovo molto diversamente procede la cosa. Ed invero se il figlio di famiglia è *infante* o *assente*, il padre adisce l' eredità o la rinunzia per lui, ma egli può in seguito chiedere la *restitutio in integrum* contra l' adizione o la rinunzia paterna. Ove ottenga la in *integrum restitutio* dalla rinunzia paterna, tutti gli oneri dell' eredità fanno carico a lui, ma il padre non ha l' usufrutto di quei beni ereditarj; ed ove ottenga quella *restitutio* dall' *aditio paterna*, gli oneri ereditarj fanno carico al padre (*cost.* 8 *Cod de bonis quæ lib. VI*, *61*). Il figlio di famiglia *infantia major*, può col consenso del padre acquistare o rinunziare l' Eredità deferitagli. Ma se il figlio vuol rinunziarla, il padre ha facoltà di acquistarla per se; e se il padre oppone il suo dissenso all' acquisto dell' eredità che il figlio vuol fare, il figlio può adirla da se, ed allora il padre non ha l' usufrutto nè l' amministrazione di quella eredità, la quale quando il figlio di famiglia è minore, viene amministrata da un curatore (*cost 8* §. 1, 2, 3 *Cod. de bon. quæ lib. VI*, 61 - *Vedi Vol. I. Lib.* I. §. 139 *n.*° 1 *pag.* 280.).

3.° Il pupillo maggiore dell' infanzia, non può acquistare o rifiutare una Eredità, se non che coll' *auctoritas* del Tutore (Vedi Vol. I. Lib. I. §. 224 in fine pag. 361). Ma se è infante, dopo Teodosio e Valentiniano, il Tutore acquista o rifiuta l' Eredità per lui (Vedi Vol. I. Lib. I. §. 223 pag. 358 e 359.

4.° Il minore di XXV. anni, pubere, può acquistare o repudiare una Eredità liberamente, se egli non ha Curatore; ma se ha Curatore, non può senza il suo consenso *adire* l' Eredità, mentre può *agnoscere bonorum possessionem* (Vedi Vol. I. Lib. I. §. 264 lett b) pag. 399).

5.° Il prodigo può adire una eredità (*fr.* 5 §. 1 *Dig. de acq. hered. XXIX*, 2. - *Vedi Vol.* I. *Lib.* I. §. 259 *pag.* 394).

6.° Il furioso non può adire o rinunziare una eredità da per se, ma il padre o il curatore ne ottengono una *bonorum pos-*

sessio provvisoria, e l' amministrano alla pari degli altri beni del furioso (*cost. 7 §. 5 Cod. de curat. furiosi V, 70 - Vedi Vol.* I. *Lib.* I. § 25 *pag. 175*). Ove egli recuperi la ragione, ha facoltà di dichiarare se vuole acquistare o rifiutare quell' Eredità, ma se muore nell' alienazione mentale, o se dopo la sua guarigione non fa dichiarazione alcuna, o se rinunzia espressamente all' Eredità medesima, l' amministratore la restituisce ai più prossimi eredi dopo il furioso (*cost.* 7 §. *8 e* 9 *Cod. de curat. fur. V, 70*).

§ 749. Finchè l' Erede Volontario non si è deciso espressamente o tacitamente ad acquistare o a rinunziare l' Eredità, la medesima dicesi Eredità Giacente: *Hereditas Jacens.* Da alcuni frammenti delle Pandette, lo dicemmo altrove, pare che l' Eredità Giacente sia senza padrone (*Vedi Vol.* I. *Lib.* 2 §. 12 *in fine pag. 419*) ma un padrone lo ha, sebbene ancora non si conosca (Savigny Sist. di D. Rom. Vol. 2 §. 102). In Diritto Romano invece di considerarla come proprietà di un padrone ignoto, ma che poi si farà conoscere, si finge che l' eredità stessa rappresenti il defunto, non la persona dell' erede sconosciuto (*Istit. pr. de stip. serv. III, 17 -* §. 2 *de hered. instit. II, 14 - fr. 54 Dig. ad acq. rer dom. XLI,* 1), perocchè del defunto si conosce quale era la capacità di acquistare, e si può quindi determinare di quali acquisti l' eredità giacente che lo rappresenta è capace, mentre ciò non si potrebbe relativamente alla persona dell' erede sconosciuto. L' Eredità giacente può dunque acquistare, e specialmente acquistava per mezzo dei servi appartenenti alla medesima (*fr.* 33 §. 2 *fr.* 34 *fr. 61 pr. de acq. rer. dom. XLI,* 1 - *Istit. pr de stip, serv. III,* 17 - *fr* 18 *Dig. eod. XLV,* 3 - *Istit.* §. 2 *de hered. instit.* II. 14 *fr.* 31 §. 1 *fr.* 52 *Dig. eod.* XXVIII. 5.), può usucapire e compiere l' usucapione cominciata dal defunto (*fr.* 31 §. 5 *fr.* 40, *fr. 44* §. 3. *Dig. de usurpat.* XLI, 3 *fr.* 30 *pr. ex quib caus. maj.* IV, 5); acquista dei crediti per occasione di danni arrecatili (*fr.* 13 §. 2 *fr. 43 Dig. ad leg. Aquil IX,* 2 - *fr.* 13 §. 24 *Dig. quod vi aut clam XLIII,* 24), o per mezzo della *negotiorum gestio* impresa a suo vantaggio (*fr.* 3 *pr.* §. 6 *fr.* 21 §. 1 *Dig. de negot. gest.* III, 5), ed ancora pel

verificarsi (dopo la morte del suo antico padrone) della condizione apposta ad una convenzione conclusa dal medesimo (*fr. 77 Dig. de verb. oblig. XLV, 1*) nonchè per la fidejussione prestata da alcuno (*fr. 22 Dig. de fidejus. XLVI, 1*). Entrano a far parte di lei le cose prodotte naturalmente da quelle che la compongono (*fr. 3 §. 6 Dig. de negot. gest.* III, *5 - fr. 20 §. 3 fr. 25 §. 20 fr, 26 fr. 27 fr, 40 §. 1 de hered. petit. V, 3*). Tuttavolta è incapace di quelli acquisti, che per esser fatti addimandano un attività personale per parte dell' acquirente (*fr. 61 pr. Dig. de acq. rer. dom. XLI, 1 - fr. 1 §. 15 si is qui in test. XLVI, 4*). Nel Diritto Antico, fu da noi avvertito (*Vedi Vol. 1 Lib.* I. *§. 91 pag.* 508) per eccitare l' erede ad adire prontamente l'eredità deferitagli, si ammetteva a carico della medesima una *usucapio lucrativa pro herede*, e sebbene questa *usucapio* venisse poi a sparire, un rimasuglio di tale *improba* maniera di acquisto, si può dire che fosse il divieto di agire con le azioni del furto contro chi avesse arbitrariamente preso possesso delle cose ereditarie, il quale si diceva colpevole del delitto di Espilata Eredità. L' Editto del Pretore permetteva che si nominasse un Curatore all' Eredità giacente soltanto quando rimaneva lungamente tale (*fr. 23 §. 2 - 4 Dig. de her. instit.* XXVIII. *5 - fr.* 6 *§. 2 fr. 8 fr. 9 pr. Dig. quib. ex caus. in poss. cat. XLII, 4 - fr. 9 §. 5 Dig. de bon. auct. jud.* XLII, *5 - fr. 1 §. 1, 2 Dig. de cur. bon. dando* XLII, *7*), ma in seguito fu rilasciato al prudente arbitro del Magistrato il nominarlo in tutti i casi nei quali lo credesse conveniente (*fr. 3 Dig. de cur. fur.* XXVII, *10 - fr. 1 §. 4 Dig. de muner. L, 4 - Vedi Vol.* I. *Lib.* I *§. 268 n.º 4 pag.* 402.). La finzione legale, che l' Eredità Giacente rappresenti il defunto, cessa appena l' erede adisce l' eredità; ed allora viene trattato come se l' avesse accettata il giorno della morte del defunto, (*fr. 54 Dig. de acq. hered. XXIX, 2 - fr. 138 pr. fr. 193 Dig. de reg. juris L, 17 - fr. 24 Dig. de novat. XLVI, 2*).

CAPITOLO II

Effetti dell' acquisto dell' Eredità

§. 750. In consegnenza dell' acquisto, la persona cui il testamento o la legge deferirono l' eredità, diviene erede; come tale, relativamente ai beni lasciati dal defunto, lo rappresenta, è considerato come una sola persona con lui (*fr. 37 Dig. de acq vel omitt. hered.* XXIX, 2 - *fr. 59 Dig. de reg. jur. L, 17 - Nov. 48 pr.*) . Ciò accade dal giorno in cui venne a morire chi lasciò una eredità, avvegnachè l' acquisto in qualunque tempo avvenga, è retrotratto a quel giorno: *heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte, successisse defuncto intelligitur* (*fr. 54 Dig. de acq., vel omitt. hered.* XXIX, 2), Se più sono gli eredi, ognuno rappresenta il defunto *pro rata*, in proporzione cioè della sua quota ereditaria. Questa rappresentazione del defunto, per la quale l' erede od i coeredi si considerano giuridicamente come una sola persona seco lui, spiega le relazioni che gli eredi contraggono acquistando l' eredità, con i beni che la compongono, coi terzi, e finalmente fra loro. Di cotali relazioni è pr ezzo dell' opera trattare separatamente.

I. *RELAZIONI DELL' EREDE CON I BENI EREDITARJ*

§. 751 L' erede acquista la proprietà di tutte le cose ereditarie, è investito dei diritti patrimoniali del defunto (*fr. 37 Dig. de acq hered.* XXIX, 2); ma non già dei suoi diritti Personali, nè di quei diritti Patrimoniali la cui durata fu ristretta alla vita di costui (Vedi sopra §. 578 pag 355 - §. 582 pag. 356) .

Il possesso delle cose ereditarie, non passa nell' erede in un con la proprietà; egli ha diritto di acquistarlo, ma per acquistarlo deve compiere gli atti necessarj a far nascere quella relazione di fatto (*fr. 1 §. 15 Dig. si is qui testam.* XLVII, 4 - *fr. 23 pr. fr. 30 §. 5 de acq. poss.* XLI, 2) .

§. 752. L' erede succedendo in tutti i diritti patrimoniali del defunto, succederebbe ancora in quelli che il defunto potesse avere contro di lui erede, ma siccome egli ed il defunto sono tenuti quanto ai beni per una persona sola, così nasce confusione fra il patrimonio dell' uno ed il patrimonio dell' altro, attalchè tutte le relazioni giuridiche esistenti per l' innanzi fra loro, e che presupponevano essenzialmente due persone e dei patrimonj distinti, come le *Obligationes* o gli *jura in re aliena*, si estinguono *ipso jure*, tanto a vantaggio quanto a detrimento dell' erede (*fr.* 75 *fr.* 95 §. 2 *Dig. de solut.* XLVI. 3 - *fr.* 2 §, 18, 19, *fr.* 20 *de hered vend* XVIII, 4 - *fr.* 9, *fr.* 10 *Dig. comm. praed.* VIII, 4 - *fr.* 1 *Dig. quemad. servit. amitt.* VII, 6 - *fr.* 24 *Dig. de pign. act.* XIII, 7). Se più sono gli eredi, naturalmente la confusione si verifica per ciascheduno di essi soltanto *pro rata*.

§. 753 L' erede come proprietario della eredità, ha diritto di *alienarla*, e di *trasmetterla* ai proprj eredi. - L' alienazione e la trasmissione della eredità meritano speciali considerazioni.

A) *Alienazione dell' eredità*

Dig. Lib. XVIII, *Tit.* 4 *de hereditate vel actione vendita*
Cod. Lib. IV, *Tit.* 39 *eod.*

§. 754. Come lice all' erede alienare le cose singole ereditarie, così l' *heres solus* ha facoltà di alienare l' intiera eredità, e l' *heres pro parte* la sua parte ereditaria. - L' alienazione dell' eredità ordinariamente avviene quando la medesima è stata adita, ma talvolta si verifica ancora dopo che fu deferita, perfino prima della delazione. -

(*a*) Se alcuno aliena una eredità già aperta, ma non ancora deferitagli, pel caso che deferita gli sia, è da osservare se quella alienazione fu conclusa come una *emtio spei*, o come una *emtio rei speratæ*; nel primo caso la vendita è pura e semplice, ed ha sempre efficacia; nel secondo è condizionale, ed ha efficacia soltanto al verificarsi della condizione, cioè quando l' eredità è effettivamente delata al venditore (*fr.* 10, 11 13 *Dig. de hered. vel act. vend.* XVIII, 4). Lo stesso si dica se

non fu alienata una determinata eredità, ma invece in termini generali fu convenuto di alienare una qualunque eredità che possa in seguito venire deferita a chi aliena (*fr.* 3 §. 2 *Dig. pro socio* XVII, 2). - Ciò non pertanto è qui da ricordare, che non sarebbe valida l' anticipata alienazione dell' eredità di una persona vivente, cui l' alienante avesse speranza di succedere, se non nel caso in cui la persona della cui eredità si tratta, consentisse alla alienazione e non revocasse mai il suo consenso (Vedi sopra §. 586 pag. 359).

(*b*) L' alienazione di una eredità non ancora adita, sebbene già deferita, si parifica all' alienazione di una eredità deferita ed accettata: perchè chi aliena una eredità deferitagli, comunque prima di adirla espressamente, fa un atto che vuolsi considerare come una *pro herede gestio*, e quindi come una adizione tacita o implicita (*Istit.* §. 7 *de her qual. II*, 19 - *fr.* 2. §. 18 *Dig. de hered. vend* XVIII, 4).

§. 755. Il compratore dell' Eredità acquista diritto ad avere tutto quanto apparteneva all' Eredità nel momento della vendita, o che in seguito accedè alla medesima (*fr.* 2 §. 1, 3, 4 *Dig. de hered. vend. XVIII.* 4); il Venditore deve dunque consegnargli le cose ereditarie, cedergli i crediti e le azioni (*fr.* 14 §. 1 *Dig. eod.* - *cost.* 4 e 6 *Cod. eod.* - *fr.* 2 §. 5 e 8 *Dig. eod.*), ma anche senza cessione di azione può il compratore convenire i debitori ereditarj, intentando come *utili* le azioni tutte, che competono all' erede (*fr.* 16 *pr. Dig.* de *pactis II*, 14 - *fr.* 54 *pr. Dig. de hered. petit.* V, 3 - *cost.* 5 *Cod. de hered. vend. IV*, 39.). Il venditore può per altro ritenere il guadagno che accidentalmente abbia fatto per occasione dell' eredità, come l' *indebitum* pagatogli, o una pena privata conseguita per le ingiurie patite (*fr.* 2 §. 7 *fr.* 21 *in f. Dig. de hered. vend. XVIII*, 4). Egli non è tenuto alla Evizione pei singoli oggetti ereditarj, sibbene per la intiera eredità (*fr.* 1 *fr* 7 - 12 *fr.* 14 §. 1 *fr.* 15 *Dig. eod XVIII*, 4 - *cost.* 1 *Cod. de evict. VIII*, 45.). Non è tenuto nemmeno a garantire che l' eredità sarà vantaggiosa pel compratore, quando non gli abbia assicurato che avrà un determinato valore (*fr.* 8 *fr.* 22 *Dig. h. t. XVIII*, 4). Qualora con l' adizione dell' Eredità fossero stati

estinti dei diritti e delle obbligazioni che esistevano fra il defunto e il suo Erede, questi rivivono per la Vendita che dell' Eredità eseguisce l'Erede (*fr.* 2 §. 18 - 20, *fr.* 20 *Dig. h. t.* - *fr.* 9 *Dig. comm. præd. VIII*, 4 - *fr.* 45 *Dig. de cond. indeb. XII*, 6). Il compratore dell' Eredità contrae l' obbligo di sobbarcarsi a tutti gli oneri della medesima, di pagarne i debiti ed i legati, e di rimborsare il venditore di tutte le spese che egli ha fatto per quella (*fr.* 2 §. 9, 11 - 17, *fr.* 18 *Dig. h. t. cost.* 2 *Cod. eod.* - *cost.* 2 *Cod. de legat. VI*, 37). Era costume che il compratore ed il venditore della Eredità si garantissero la esecuzione di queste obbligazioni reciproche, derivanti dalla compra e vendita di una Eredità, per mezzo delle *stipulationes emtæ et venditæ hereditatis* (*fr.* 2 *pr. fr.* 18 *Dig. h. t.* - *Gajo II*, 252 - *fr.* 50 1 *Dig. de verb. oblig. XLV*, 1).

§. 756. Di fronte ai terzi il venditore dell' Eredità non cessa di essere erede (*fr.* 2 §. 18 *Dig. h. t.* - *fr.* 88 *Dig. de hered. instit. XXVIII.* 5. - *fr.* 43 §. 3 *Dig. de vulg. et pup. substit.* XXVIII, 6), laonde questi possono convenirlo perchè paghi i loro crediti verso l' eredità, o i legati loro dovuti (*cost.* 2 *cod. h. t. IV*, 39 - *cost.* 2 *Cod. de legat. VI*, 37 *fr.* 13 - §. 4 *Dig. de hered. petit. V*, 3 3 - *fr.* 28 *Dig. de donat.* XXXIX, 5), ed egli può convenire i debitori della eredità; se non che in conseguenza delle sopraccennate *stipulationes emtæ et venditæ hereditatis* nel primo caso il compratore deve rimborsarlo, e nel secondo egli deve rimettere al compratore ciò che ritirò.

§. 757. In antico una eredità *già aquistata* poteva alienarsi, soltanto mediante la *in jure cessio*. Tale alienazione fatta con la *cessio in jure*, aveva effetti speciali. L'erede cedente non cessava in questo caso di essere tale, nè il cessionario diveniva erede; quest' ultimo acquistava soltanto la proprietà delle cose corporali che esistevano nell' eredità (*corpora hereditaria*) senza bisogno di speciale cessione; il cedente come erede rimaneva egli è vero obbligato verso i creditori dell' eredità, ma i debitori della medesima erano liberati (*debitores hereditatis lucrum faciunt.*). Da questa *in jure cessio* di un Eredità già acquistata, era ben diversa la *in jure cessio* di una Eredità *deferita*, ma *non ancora aquistata*. In questa ultima specie di *in jure*

cessio, il cessionario acquistava il Diritto di accettare l'eredità, come se fosse stata deferita a lui direttamente; si verificava dunque una nuova delazione dell' eredità a favore del cessionario, che con l' adizione diveniva formalmente (*pleno jure*) erede. Questa seconda specie di *in jure cessio* era permessa soltanto ad un *legitimus heres*, non ad un *erede testamentario*, perchè altrimenti per la medesima il testatore avrebbe avuto un erede diverso da quello che si era prescelto. L' *Heres suus*, dovendo per legge essere erede anche contro sua voglia, naturalmente non poteva con l' *in jure cessio*, far passare quella qualità in un altra persona; tuttavolta sappiamo che era questione fra i Sabiniani ed i Proculiani, se *l' in jure cessio* fatta da un *heres suus*, potesse almeno aver l' effetto della *in jure cessio* eseguita da un erede estraneo e volontario dopo l' adizione (*Gajo II*, 34 - 37 - *III*, 85 - 87 *Ulp. XIX*, 11 - 15).

B) *Trasmissione dell' Eredità.*

§. 758. Avvenuta l' adizione, l'erede trasmette alla propria morte ai proprj eredi l' eredità adita, perocchè essa sia divenuta parte del suo patrimonio. L' *heres suus* acquistando *ipso jure* l' Eredità, la trasmette appena egli è sopravvissuto un istante al defunto, e comunque egli abbia ignorato quell' acquisto (*cost.* 3 *Cod. de jure delib. VI*, 30 - *cost. 8 Cod. de suis et legit. hered. VI, 55 - fr.* 7 §. 1 *Dig. de acq. hered. XXIX, 2*); trasmissione è questa che oggi chiamano *ex capite suitatis*. L' Erede estraneo o volontario, di regola non trasmette ai proprj Eredi l' Eredità, se egli stesso prima di morire non l' adì; giusta il ditterio: *hereditas nondum adita, non transmittitur ad heredes* (*cost. 7 Cod. de jure delib. VI, 30*). Ma questa regola va sottoposta ad alcune eccezioni:

1.° Qualora l' Erede per l' ignoranza della delazione, o per altre circostanze a lui non imputabili, fosse stato nell' impossibilità di adire l' Eredità deferitagli, trasmette ai suoi eredi la facoltà di chiedere la *restitutio in integrum*, e poi quella di adire l' eredità. Oggi si dice che esiste in tal caso *transmissio ex capite restitutionis in integrum* (*fr 56 Dig. de acq. hered.*

XXIX , 2 *cost.* 2 *Cod. de rest. milit. II*, *51*). In seguito di ciò fu ammesso il principio, che quando un erede il quale aveva diritto di chiedere la *bonorum possessio*, fosse morto nel termine conceduto a farne la domanda , i suoi eredi potessero conseguirla presentandosi nel residuo del termine (*fr.* 4 §. 3 *fr.* 5 *Dig. de bon. poss. c. t. XXXVII*, 4 - *fr.* 12 *Dig. de carbon. ed. XXXVII*, 10).

2.° Teodosio II. nell'anno 426, permise al padre di acquistare l' eredità deferita al figlio al di sotto di 7 anni, venuto improvvisamente a morire prima dell' adizione , ancorchè detto figlio all' epoca della delazione fosse divenuto *sui juris* (*cost.* 18 §. 1 *e* 3 *Cod. de jure delib. VI*, 30). Sebbene questa non sia veramente una trasmissione, perchè il padre non acquista come erede, ma come padre (*patrio jure*) l' eredità devoluta a suo figlio, comunemente fra le trasmissioni è annoverata, sotto il titolo di *transmissio ex capite infantiæ*.

3.° Nell' anno 450 Teodosio aggiunse la così detta *transmissio Theodosiana*, disponendo che il discendente istituito erede da un suo ascendente, trasmettesse il diritto di acquistare l' eredità ai proprj discendenti , sebbene egli fosse morto prima dell' apertura del Testamento, e perfino quando egli fosse premorto al Testatore (*cost. un. Cod. de his. qui ante apert tab. VII*, 52 - *cost. un* §. 2, 5 *Cod. de cad. toll. VI*, 51).

4.° Finalmente Giustiniano stabilì, che l' Erede morto durante il termine ottenuto a deliberare, o dentro l' anno dalla morte del Testatore, quando non fosse stato conceduto alcun termine, trasmettesse ai proprj eredi il diritto di acquistare l' eredità dentro il residuo del termine o dell' anno (*cost.* 19 *Cod. de jure delib. VI*, 30 - *Nov.* 158). Questa trasmissione chiamasi Giustinianea, perchè autorizzata da Giustiniano.

II, *Relazioni dell' Erede coi terzi.*

§. 759. L' Erede rappresentando il defunto, come succede in tutti i crediti del defunto, così succede in tutti i debiti di lui ; per conseguenza deve pagarne tutti i creditori, ancorchè il patrimonio lasciatogli non fosse sufficiente a quest' uopo (*fr.* 8

pr. Dig de acq. vel. omitt. hered. XXIX, 2 - *cost.* 10 *cost.* 22 §. 12 e 14 *Cod. de jure delib. VI*, 30). È un privilegio del militare il rimanere obbligato a pagare quei debiti, soltanto dentro la misura del valore dei beni ereditarj (*cost.* 22 *pr.* §. 15 *de jure delib. VI*, 30) A cagione del quasi contratto, che deriva dalla *Hereditatis aditio* (Vedi sopra §. 495 pag. 282) o dalla *Pro herede gestio*, l'erede é obbligato a adempire ai legati e fidecommessi, di cui il defunto lo incaricò.

§. 760. L'acquisto di una Eredità il passivo della quale superi l'attivo sarebbe pregiudicevole all'Erede; per evitare questo pregiudizio vedemmo che gli *heredes necessarii* ebbero il *beneficium separationis*, e gli *heredes sui et necessarii* il *beneficium abstinendi* (Vedi sopra §. 734 pag. 481 e seg.); gli eredi estranei o volontarj ebbero l'*jus deliberandi* e poi il *beneficium inventarii*. Di questi due mezzi conceduti agli eredi estranei, è necessario trattare con una certa diffusione.

a) *Jus deliberandi.*

Dig. Lib. XXVIII, Tit. 8 de jure deliberandi Cod. Lib. VI. tit. 30 *eodem.*

§, 761. Nel Diritto antico, l'erede estraneo cui il Testatore non aveva imposto un termine per decidersi ad accettare o rifiutare l'Eredità (*Cretio*), aveva facoltà di adirla quando voleva; facoltà che cessava soltanto col decorrere di trenta anni. Ma i creditori, i legatarj, i sostituiti, ed in generale tutte le persone le quali avevano interesse che egli dichiarasse se voleva essere erede (*an' heres sit.*), potevano intimarlo a fare quella dichiarazione; ed il Pretore nell'Editto avvisò, che avrebbe accordato all'erede uno spazio di tempo per rispondere a quella intimazione, quando glielo avesse chiesto: *si tempus ad deliberandum petet, dabo* (*fr.* 1 §. 1 *Dig. h. t. XXVIII*, 8). L'erede intimato dai creditori a dichiararsi, poteva dunque chiedere al Pretore quel termine (*fr. 5 Dig. de interr. in jure XI*, 1), ed il Pretore non lo accordava mai più breve di 100 giorni (*fr. 2 Dig. h. t. XXVIII, 8*). Giustiniano in seguito stabilì le regole seguenti:

I° Allorquando esistono degli interessati, che intimano l'Erede perchè si decida a adire o repudiare l'Eredità, esso deve dichiarare la sua volontà *immediatamente*, *oppure chiedere un termine a deliberare*. Questo termine se è conceduto dai Magistrati è di nove mesi, se dallo Imperatore è di un anno (*cost.* 22 §. 13 *Cod. h. t. VI*, 30)). Ove tal termine sia trascorso senza una decisione dell' Erede, si deve reputare avere egli *repudiato* l' Eredità, quando quelli che insistevano per la sua decisione sieno altri eredi, e si deve ritenere avere egli *accettato* l' Eredità, quando quelli che insistevano sieno i creditori (*fr.* 69 *Dig. de acq. hered. XXIX*, 2 - *cost.* 22 §. 14 *h. t. VI*, 30); se l'Erede morisse prima dello spirare del termine a deliberare, i suoi eredi possono nel residuo del termine, decidersi a repudiare o ad accettare (*cost.* 19 *Cod. h t. VI*, 30).

II.° Allorquando non havvi alcuno, che insista affinchè l' Erede si decida, egli ha per legge un anno di tempo a deliberare, (*cost.* 19 *Cod. h. t.*). Se muore dentro quest'anno senza essersi deciso, nel residuo del termine i suoi eredi possono accettare o rifiutare l'Eredità (*cit. cost.* 19 *Cod. h. t.*). L'Erede, che dopo avere deliberato, dichiara di accettare l' Eredità, o che lascia trascorrere il termine per deliberare senza essersi deciso, è obbligato a pagare tutti i debiti del defunto (*cost.* 22 §. 14 *Cod. h. t. VI*, 30). Nel *tempus deliberandi* l'erede può ingerirsi negli affàri ereditarj senza che gli sia attribuibile una *pro herede gestio* (*fr. 5 pr. Dig. h. t. XXVIII*, 8); ma per garantire i creditori contro ogni possibile frode, egli deve redigere un inventario dei beni ereditarj (*cost.* 22 §. 14 *Cod. eod. VI*, 30).

b) Beneficium Inventarii

§. 762. Il privilegio del quale godeva il Militare, di non essere obbligato a pagare i debiti dell' eredità se non che dentro le forze dell' attivo della medesima (*cost.* 22 §. 15 *de jure delib. VI*, 30), fu esteso da Giustiniano a qualunque erede, che nell'adire l'eredità dichiarasse di farlo in conformità di un *Inventario* (*cit. cost.* 22 - *Nov.* 1 *cap.* 1 2).

§. 763. Le leggi stabiliscono i termini nei quali l' Inventario deve esser cominciato e condotto a termine, e le forme con le quali deve essere eseguito.

(*a*) L' erede è obbligato a cominciare l' Inventario dentro *i 30 giorni*, dal momento in cui seppe la delazione dell' eredità, e deve compierlo dentro *i* 60 *giorni*: ma se l' erede dimora lontano dal luogo ove sono i beni ereditarj, ha un anno di tempo per farlo (*cost.* 22 §. 2 *Cod. de jure delibe. VI*, 30).

(*b*) L' Inventario deve essere redatto alla presenza di un *tabellario*, e di tutti gli interessati (creditori, legatari, coeredi), o in assenza di questi, alla presenza di tre testimonj (*Nov. I*, *cap.* 2, §. 1).

(*c*) L' inventario ha da essere formato dal *tabellario* e dall' erede, e se questi non sa scrivere, fa una croce ed un secondo *tabellario* firma per lui.

(*d*) L' erede è obbligato a giurare, che è esatto l' inventario da lui compilato (*cit. cost.* 22 §. 2 *Cod. eod.*). Se egli avesse sottratto qualche oggetto ereditario ne paga il doppio del valore (*cost.* 22 §. 10 *Cod. eod.*).

§ 764. Effetti vantaggiosi del benefizio dell' inventario sono per l' erede, i seguenti:

1° Durante la compilazione dell' inventario, non può essere chiamato in giudizio da chi ha interesse nell' eredità, vale a dire dai creditori, legatarj ec. (*cost.* 22 §. 11 *Cod.* eod.).

2°. Compilato l' inventario, l' erede è tenuto verso i creditori soltanto dentro le forze dell' eredità (*cost.* 22 §. 4 *Cod eod.* - Paga i creditori dando *in solutum* oggetti ereditarj, o cedendo crediti dell' eredità, insomma coi mezzi che somministra l' eredità stessa. Li paga di mano in mano che gli si presentano, senza curarsi dei loro diritti di prelazione, avvegnachè questi diritti debbono sperimentarli fra loro, non di fronte all' erede: - (*cost.* 22 §. 5, 6 *Cod. eod.*). Pria di pagarli, preleva le spese funerarie, quelle dell' apertura del testamento, e della redazione d' Inventario (*cost.* 22 §. 9 *Cod. eod.*).

3° Per l' Inventario, il patrimonio particolare dell' erede rimane separato da quello ereditario; quindi i respettivi crediti e debiti sussistono; l' erede non ha facoltà di pagare i proprj cre-

diti i primi, ma solamente nell' ordine, che è loro assegnato dalla legge in vista della loro indole (*cost. 22* §. *9 Cod. eod*) .

4° L' erede presta i legati dopo avere pagato i debiti, e prelevata la quarta parte devolutagli in forza della *lex Falcidia* (*cost.* 22 §. *4 Cod. eod.*) . - La omissione dell' Inventario, o delle sue forme, obbliga l' erede a pagare tutti i debiti ed i legati e lo priva del diritto di prelevare la quarta Falcidia (*cost.* 22 §. 12, 14 *Nov. 1 cap. 2* §. *2*).

§. 765. Questi due benefizj, il Gius di deliberare, e il Benefizio dell' inventario non possono essere cumulati. - L' erede può fare uso dell' uno o dell' altro a sua scelta: ma se impetrò il termine per deliberare, non può poi valersi del benefizio dell' inventario, cumulando così termini sopra termini; e viceversa se profittò del benefizio dell' inventario, non è ammesso a chiedere un termine a deliberare: e bene a ragione, conciossiacchè il benefizio dell' inventario presupponga la accettazione dell' eredità, ed il Gius di deliberare invece non è escogitabile, se non nel caso in cui l' erede sia tuttora titubante se accetterà o no l' eredità (*cost.* 22 §. *14 Cod. eod*) (a).

§. 766. A cagione della confusione dei patrimonj del defunto e dell' erede (conseguenza della adizione dell' eredità), i Creditori del dèfunto divengono creditori anche dell' erede, ed hanno diritto di ottenere pagamento sulla massa di quei due patrimonj riuniti. - Ma se il patrimonio particolare dell' erede è così

(a) In Toscana non havvi differenza fra eredi *sui* e *extranei*; l' unica differenza che si fa fra gli eredi è fra eredi, che hanno diritto a legittima, e eredi che non hanno cotal diritto. L' Adizione dell' eredità può farsi espressamente e tacitamente. - Il Possesso dei beni ereditarj passa senza interruzione dal defunto nell' erede, giusta il principio: *le mort saisit le vif*, ossia il morto impossessa il vivo; ed insieme col possesso, passa nell' erede ancora il diritto di trasmettere agli eredi proprj l' eredità, senza bisogno di adizione espressa o tacita. - L' adizione sia espressa sia tacita, addimandasi soltanto all' effetto, che l' erede resti astretto dagli obblighi tutti inerenti alla qualità di erede (Vedi Magnani Com. all' Editto Succes. Toscano. Tomo I pag. 126 e 127). La patria legge del 12 Agosto 1638 dichiara, che le forme dell' Inventario sono quelle prescritte dal Diritto Romano (Vedi su queste forme: *Fierli Observ. prat. - alla leg. fin. Cod. de jure deliberandi*). - I termini per deliberare sono quelli stabiliti dal Diritto Romano. - Su questo diritto di deliberare sono da consultare: il Regolamento di Procedura Civile agli articoli 98 §. 5, e la legge sui Giudizj Esecutivi all' art. XXI.

oberato che il passivo superi di gran lunga l'attivo, i credito ri del defunto hanno interesse ad impedire che quel patrimo nio non sia confuso col patrimonio del defunto. - Il Pretore col suo Editto, provvide a tutelare questo interesse dei Creditori, introducendo il così detto

Beneficium separationis bonorum

Dig. lib. XLII, tit. 6 de separationibus - Cod. lib. VII, tit. 72 eod.

§. 767. Il benefizio della separazione dei beni, faceva rimanere distinti i beni del defunto da quelli dell' erede, affinchè ciascheduno di questi patrimonj fosse affetto separatamente al pagamento dei respettivi debiti. - Giovava questo benefizio ai creditori chirografarj del defunto, avvegnachè essi fossero pel medesimo, preferiti ai creditori dell' erede sebbene ipotecarj. Fu conceduto ancora ai legatarj, considerandoli quasi come creditori del defunto, affinchè ottenessero prelazione sui creditori dell' erede (*fr. 4 e 6 Dig. h. t.*), sebbene questi legatarj avessero poi una ipoteca legale sopra i beni che la persona onerata del legato ha ricevuto dal defunto (*Vedi Vol. I. Lib. II*, §. *209 nº 6 pag. 660*). - Questo benefizio si concedeva dal Pretore o dal Preside (*fr. 1* §. *14 Dig. h t.*). Giovava solamente a coloro che lo richiedevano (*fr. 1* § *16 Dig. h. t.*), ma questi che lo conseguivano, ottenevano sui beni ereditarj, tanto quanto avrebbero ottenuto se tutti coloro, che avevano diritto di impetrare questo benefizio, impetrato lo avessero. Qualora il patrimonio del defunto non fosse stato sufficiente a pagare i suoi creditori che avevano chiesto il benefizio della separazione, questi non erano ammessi ad ottenere il restante dei loro crediti sul patrimonio particolare dell' erede, dovendo costoro imputare a se medesimi, se errando sullo stato del patrimonio dell' erede, ottennero con onta di lui, la separazione del patrimonio suo da quello del defunto (*fr.* 3 §. 1 *pen. fr*, *Dig. h. t.*). Questo benefizio non si poteva conseguire:

1º Se le cose ereditarie fossero state mescolate coi beni

proprj dell' erede, in guisa tale che non fossero più separabili (*fr*, 1 §. 12 *Dig. h. t.*).

2° Se l' erede in buona fede avesse alienato l' eredità (*fr.* 2 *Dig. eod.*).

3° Se il creditore avesse novato il suo credito con l' erede, o avesse da lui accettato nuove garanzie (*fr. 1* §. *10, 11 15 Dig. h. t.*).

4° Se fosse trascorso un quinquennio dall' adizione della eredità (*fr. 1* §. *13 Dig. h. t.*).

§. 768. Dicemmo sopra (Vedi § 734 pag 480), che il servo ***heres necessarius*** era ammesso a chiedere anche esso la ***separatio bonorum***. Aggiungiamo adesso:

1° che quelli i quali erano divenuti creditori di un figlio di famiglia militare, avevano diritto di ottenere la separazione del suo peculio ***militare*** del peculio ***pagano***, per essere sodisfatti con quello a preferenza degli altri creditori, che avevano contrattato secolui prima che militasse (*fr. 1* §. *9 Dig. h. t.*).

2° Che il figlio di famiglia poteva ottenere la separazione del peculio profittizio dai beni del padre, confiscati (*fr. 3* §. *4 in fine Dig. de minor.* XXV. *ann.*), e acquistava la proprietà di quel peculio (Vedi Vol. I. Lib. 1, §. 134 n° 1° pag. 276).

3° Che il sostituito pupillarmente, nel caso che l' eredità del paterfamilias sostituente fosse oberata talmente, da rendergli dannoso o inutile l' accettare quella del pupillo cui fu sotituito, sebbene dovesse accettarle entrambi, poteva ottenere la separazione dei beni del padre da quelli del figlio (***fr. 12 Dig. de vulg. et. pup. subst XXVIII, 6 - fr. 42 Dig. de acq. hered, XXIX, 2***) (*a*).

(a) La patria legge del 2 Maggio 1836 al cap. II. (*art.* XX. *a* XXVIII) contiene non poche disposizioni sul benefizio della separazione dei patrimonj. Essa lo definisce come: il diritto che hanno i creditori del defunto, anche chirografarj, i suoi legatarj, e le femmine, le quali per l' Editto Successorio Toscano sono escluse dall' eredità intestata, e conseguiscono invece la dote, e gli alimenti dal maschio, o maschi che le escludono, di domandare che i beni ed assegnamenti mobili, e immobili dell' eredità vengano separati dal patrimonio proprio dell' Erede, e convertiti nel pagamento dei respettivi loro crediti e legati e delle doti, e degli alimenti, avanti tutti i creditori particolari dell' Erede (*cit. leg art.* XX.). Però questo benefizio opera a fa-

III. *Relazioni dell' Erede con gli altri coeredi.*
A) (*Jus Accrescendi*)

Dig. Lib. XXVIII, tit. 5 de heredibus instituendis Lib. XXIX, 2, de acquirenda vel omittenda hereditate. - Cod. Lib. VI, tit. 10 quando non petentium partes, petentibus accrescant. tit. 51 de caducis tollendis.

§. 769. La legislazione Romana ritenendo l' Erede come un *per universitatem successor*, per conseguenza logica stabilì il principio, che qualora uno dei più coeredi fosse venuto a mancare senza avere acquistata la sua porzione ereditaria, questa porzione divenuta vacante, dovesse accrescere *ipso jure* le altre porzioni ereditarie acquistate dagli altri eredi, senza che fosse necessario a tale accrescimento un atto qualunque per

vore di quelli che hanno diritto di domandarlo, il solo effetto di non lasciarli pregiudicati sui beni ed assegnamenti dell' eredità, dai creditori proprii dell' erede; conserva poi a ciascuno di essi nel concorso dei creditori del defunto o ipotecari o chirografarj, quelle sole azioni, e tali quali possono respettivamente competergli per l' indole e le condizioni dei crediti, contro i beni ed assegnamenti ereditari (*art.* XXI). La facoltà di dedurre detto benefizio è limitata per i beni mobili esistenti nel dominio dell' erede, *a due anni*, che si computano dal dì della aperta successione, e per i beni stabili *a cinque anni* computabili come sopra (*art.* XXII.). E se nel decorso del quinquennio, e prima che sia stato dedotto il benefizio, si sono eseguite dall' erede alienazioni di beni stabili appartenenti alla successione, rimangono queste irretrattabili e ferme, nè la posteriore deduzione del benefizio nuoce agli alienatari, salvo ciò che possa essere di ragione per le alienazioni fatte con frode, e salvo alle persone, cui compete la separazione, il diritto di comparire utilmente a domandarla nel termine loro accordato per inscrivere dopo l'atto della voltura, secondochè sarà detto in seguito (*art*, XXIII). La deduzione del benefizio è sempre utile sul prezzo estante delle alienazioni, fatta che sia dentro il biennio, o respettivamente dentro il quinquennio (*art.* XXIV). I creditori, i legatari, e le femmine escluse perdono il benefizio della separazione dei patrimoni, se lasciano decorrere il termine del biennio e del quinquennio come sopra senza domandarlo, e rimangono in questo caso con i loro diritti tali quali possono essere di ragione contro l' erede, e il suo patrimonio; quando poi ne abbiano fatto la domanda nel quinquennio, o biennio predetto, conservano il diritto di esercitarlo, e portarlo ad effetto sui beni ereditarj fintantochè non cada per la prescrizione (*art.* XXV). La *sola iscrizione* del benefizio (*presa nei modi che questa legge dichiara in appresso*) tiene luogo di domanda (*art.* XXVI.). L' adizione benefiziata, e la compilazione dell'inventario, non suppliscono alla iscrizione del benefizio predetto, neppure per i crediti dell' erede (*art.* XXVIII).

parte loro, anzi anche a loro insaputa ed a loro malgrado. Tal diritto di accrescere (*jus accrescendi*) occorre nella Legislazione Romana, tanto per riguardo all' *Hereditas*, quanto per riguardo alla *bonorum possessio*, (*Istit.* §. 5 *de bon. poss. III*, 9 - *cost un. Cod. quando non petent. VI*, *10*) così nella Eredità legittima, come nella testamentaria. In quest' ultima è eziandìo una conseguenza necessaria del rispetto dovuto alla regola: *Nemo pro parte testatus*, *pro parte intestatus decedere potest*: ed invero senza l'*jus accrescendi* la porzione di quel coerede che manca, anderebbe agli eredi *ab intestato*. Il Diritto di accrescere fra coeredi Testamentarj derivando dalla volontà del Testatore, che li istituì insieme, quel diritto deve essere regolato nel suo esercizio dalla presunta volontà del Testatore medesimo, la quale si desume dal modo con cui nell' istituirli li congiunse (*cost. un.* §. *10 Cod. de cad. toll. VI*, *51*).

§. 770. Il Diritto di accrescere fra i Coeredi (giacchè del diritto di accrescre fra i Collegatarj, che si fonda su motivi diversi, parleremo trattando dei Legati) può definirsi come: il *diritto a quella porzione di eredità, che spettava ad un coerede, il quale non possa o non voglia acquistarla.* Siffatto Diritto, fra i Coeredi essendo una necessità giuridica, non può essere vietato direttamente dal Testatore *Pagano* (*fr. 55 Dig. de legatis XXX*), il quale soltanto indirettamente lo potrebbe impedire con una sostituzione (a) ; si verifica *ipso jure*, attalchè si acquista dal coerede anche a sua insaputa (*fr. 31 Dig, de acq. hered. XXIX, 2*) ed a suo malgrado (*fr.* 53 §. *1 Dig. eod.*), e con tutti gli oneri che fanno carico a quella porzione di eredità che accresce (*fr. 38 Dig. eod. - cost. un* §. *10 Cod. de caduc. toll. VI*, 51). Fra più coeredi *l'jus accrescendi* si verifica in proporzione della loro respettiva quota, vale a dire essi si dividono la porzione rimasta vacante, secondo la misura della quota loro propria (*cost. un.* §. *10 Cod. de cad. toll. VI* 51). Quelle persone cui compete per legge una quota determinata di eredità, come p e. la vedova povera, non

(a) Nel Testamento del Militare, il Gius accrescendi ha luogo solamente quando il testatore lo voglia (*fr.* 37 *Dig. de test. milit.* - *cost.* 1 *Cod. eod.*) perchè il Militare può morire *pro parte testatus pro parte intestatus.*

possono esercitare il Gius Accrescendi, se non che fino al compimento della quota loro dovuta (*fr.* 6 *pr. Dig. de bon.poss. XXXVII, 1*).

§. 771. Le Condizioni di questo Diritto di accrescere sono le seguenti:

1.° Fa di mestieri, che per la mancanza di un erede, la sua porzione sia rimasta vacante; laonde se egli avesse trasmesso il suo diritto su quella porzione ai proprj eredi, o se esistessero dei sostituiti, il diritto di accrescere non avrebbe luogo, ammenochè si avesse la certezza che costoro non possono, o non vogliono acquistare la quota ereditaria (*fr. 2* §. *8 Dig. de bon. poss. sec. tab.* XXXVII, *11 - cost un* §. *2 Cod. de cad. toll. VI, 51 - Nov. 1 cap. 1* §. *5*).

2.° È necessario ancora, che la porzione vacante non sia stata di già validamente acquistata. Laonde se un coerede estraneo avesse ottenuto *la restitutio in integrum* contro la sua accettazione, o se un *coheres suus* avesse profittato del *beneficium abstinendi* (*fr.* 61 *Dig. de acq. hered.* XXIX. *2 - fr. 55 Dig. eod.*), o un coerede fosse spogliato della sua quota ereditaria per effetto della clausula privatoria, o della sua negligenza nello adempimento dei legati; gli altri coeredi non sarebbero obbligati ad accettare la porzione ereditaria della quale costui fu spogliato o dalla quale decadde, ma se volessero, sì *potrebbero* acquistarla. Finalmente, si addimanda che il coerede, il quale vuol profittare dell' *Jus accrescendi*, non solo abbia acquistato la propria quota (*cost. un. Cod. quando non pet. part. VI, 10 - fr. 26* §. *1 Dig. de cond. et demonstr. XXXV, 1 - fr. 9 Dig. de suis XXXVIII, 16*), ma eziandìo, che sia rimasto Erede (*fr. 85 Dig. de acq. hered. XXIX, 2 - cost. un.* §. *12 Cod. de caduc. toll. VI, 51*).

§. 772. Il Gius Accrescendi ha luogo nella Eredità *ab intestato* quando l' uno dei coeredi, cui la successione fu deferita, viene a mancare. Occorre nel modo seguente:

a) La porzione vacante accresce a favore di quelli che l' avrebbero ottenuta, se il coerede che viene a mancare, non fosse esistito fino da principio; essi se la dividono in proporzione della respettiva loro quota ereditaria (*fr 12 pr. Dig. de bon. poss. c. t. XXXVII, 4*).

b) Il Gius accrescendi non altera punto l'ordine della successione, stabilitosi alla morte del defunto.

§. 773. Nella *Eredità Testamentaria* regole fondamentali del *Gius Accrescendi*, sono le seguenti:

1.° Le porzioni dei coeredi i quali mancano, accrescono le porzioni di quelli che acquistarono effettivamente la eredità (*portio accrescit portioni*).

2.° L'accrescimento avviene in modo diverso, a seconda della maniera con cui il Testatore li congiunse nello istituirli. I Coeredi infatti, possono essere congiunti in tre maniere diverse:

a) Possono essere chiamati alla identica eredità o almeno alla identica cosa, ma in proposizioni diverse; ed allora si dicono per quella identità di cose *re conjuncti*, e per questa diversità di proposizioni *disjuncti*; come se il Testatore disse: Tizio sia mio Erede, ugualmente sia mio erede Cajo; e finalmente sia del pari mio erede Sempronio.

b) Possono essere chiamati alla identica eredità, o alla identica cosa, ma senza determinazione di quote, e nella stessa proposizione: ed allora si dicono *conjuncti*, oppure *re et verbis conjuncti*, ed anche *mixtim conjuncti*, come se il Testatore disse: Tizio, Cajo, e Sempronio sieno miei eredi, oppure sieno eredi della mia casa:

c) Possono essere istituiti eredi nella medesima proposizione, ma in quote determinate; ed allora si dicono *verbis conjuncti* ed anche *re disjuncti*; come se il Testatore disse: Tizio, Cajo e Sempronio sieno miei eredi per porzioni uguali, oppure Tizio sia mio erede per $^1/_4$ Cajo per $^1/_4$ Sempronio per $^1/_2$ (*Istit.* §. *8 de legatis II*, *20* - *fr. 63* *fr. 66 Dig. de hered. instit.* XXVIII, *5* - *fr. 89 Dig. de legat*, *III*, (*32*) - *fr. 142 Dig. de verb. signif. L.* 16).

§. 774 Ciò premesso, se i Coeredi sono tutti *conjuncti re*, o *re et verbis*, la porzione vacante si accresce a tutti i coeredi *per parti uguali*: ma se sono soltanto *verbis conjuncti*, la porzione vacante si accresce ai coeredi in *proporzione delle loro respettive quote ereditarie*.

§. 775. Qualora i più Coeredi sieno istituiti con diverse maniere di congiunzione, di regola godono tutti del *gius accre-*

scendi in ragione delle loro porzioni (*fr. 59* § 3 *fr.* 66 *Dig. de hered. instit.* XXVIII, 5). Se non che, ove venga a mancare uno dei *mixtim conjuncti,* la sua porzione si accresce soltanto a quelli che sono seco lui congiunti (*fr.* 63, *fr. 20* §. *2. fr. 5* §. 2, 3 *Dig. de hered. inst. XXVIII*, 5). Ma se alcuni sono istituiti eredi in parti determinate, ed altri indeterminatamente, questi ultimi non si ritengono congiunti, nè fra di loro, nè con quelli che sono istituiti in parti determinate (*fr.* 17 §. 1, *e* 2 *Dig. eod. XXVIII,* 5).

B) *Communio.*

Dig. Lib. X, tit. 2 fam. ercisc. - Cod. Lib III, Tit. 36 eod.

§. 776. Allorquando più coeredi acquistano l'Eredità loro deferita, per una regola che rimonta alla legge Decemvirale, i Debiti ed i Crediti ereditarj si dividono *ipso jure* fra loro, in proporzione della respettiva loro quota ereditaria (*pro rata*): *nomina et debita hereditaria, ipso jure inter coheredes sunt divisa* (*fr.* 2 §. 5 *fr.* 5 *pr. fr* 25 §. 1 *Dig. fam. ercisc. X,* 2); attalchè ogni Coerede ha facoltà di escutere i Debitori dell'Eredità per ottenere pagamento della propria quota proporzionale dei crediti ereditarj, e reciprocamente può venire escusso dai Creditori dell'Eredità, perchè paghi la sua quota proporzionale dei debiti ereditarj (*cost.* 6 *Cod. fam. ercisc. III, 36 - cost. 1 Cod. de except. et replicat. VIII, 36 - cost. 1 Cod. si unus. ex plurib. VIII, 32 - cost. 26 Cod. de pactis. II,* 3). È possibile, che il Testatore abbia nel suo Testamento ordinato una determinata divisione dei crediti e debiti ereditarj, o che i Coeredi stabiliscono per convenzione una speciale divisione; ma quella divisione testamentaria, e questa convenzionale, mentre sono efficaci fra Coeredi, non hanno effetto alcuno riguardo ai terzi creditori o debitori dell'Eredità (*fr. 3 pr. Dig.* 11 *de transact. II,* 15 - *cost.* 25, 26 *Cod. de pactis II,* 3 - *fr.* 2 §. 5 *fr. 5 fr.* 20 §. 3 *fr.* 25 § 1, 13 *Dig. fam. ercisc. X, 2 - fr.* 11, 14 *Dig. de distract, pign. XX.* 5 - *fr. 69* §. 2 *Dig. de legatis* XXX.).

§. 777. Prescindendo dai crediti e debiti ereditarj, l' acquisto della Eredità, operato da' più Coeredi, ha per effetto di far nascere fra loro circa ai beni Ereditarj una Comunione, *Communio*, comunione che non derivando da convenzione, soggiace alle regole generali proprie del quasi contratto, che ha titolo di *Communio incidens* (Vedi sopra §. 485 a 490 pag. 270 a 276). Ogni Coerede può instare subito per lo scioglimento, ossia per la Divisione di questa comunione (*fr. 45 Dig. fam. ercis. X,* 2.) purchè:

a) abbia facoltà di alienare: essendochè la divisione contenga sempre una alienazione (*fr. 20* §. *3 Dig. fam. ercisc.* X, 2.), e purchè

b) il Testatore, non abbia ordinato, od i Coeredi non abbiano convenuto, di rimanere in comunione per un *tempo determinato* (*fr.* 14 §. 2 *Dig. com. divid.* X, 3 - *cost.* 5 *Cod. eod.* III, 37). - (Vedi sopra §. 487. pag. 271.) Ma la divisione essendo una alienazione necessaria, (ammissibile per conseguenza ancora nei casi in cui è in generale proibito di alienare,) sebbene il minore non abbia facoltà di chiedere la Divisione, senza un decreto del Giudice: non abbisogna di decreto per assistere ad una divisione, intimatagli da un maggiore (*fr, 7 pr. Dig. de reb. eor. qui sub. tut.* XXVII. *9 - cost. penult. Cod. de præd. et al. reb. min. V, 71*).

§. 778. La divisione dell' Eredità, objetto di comunione, può essere fatta *stragiudicialmente*, o *giudicialmente*:

1° *Stragiudicialmente*, come se: *a*) il Testatore la fece da per se nel Testamento suo, *b*) se i Coeredi la eseguirono di comune accordo, *c*) se la eseguì un Arbitro dietro loro commissione.

2°. *Giudicialmente* se fu opera del Giudice, al quale ricorsero le parti, nell' impotenza di accordarsi fra loro.

§. 779. La divisione stragiudiciale dell' Eredità è fatta dal Testatore, quando egli assegna a ciascuno dei coeredi istituiti le cose determinate, che egli vuole ognuno di essi abbia per sua porzione. Tal divisione ha da essere religiosamente rispettata, qualora non leda la quarta dovuta per la legge Falcidia a ciascheduno erede sulla quota intellettuale in cui fu istituito, e non leda la legittima ove l' istituito sia un legittimario del Te-

statore (*cost.* 10, 16, 21 *Cod. fam. ercisc. III*, 36); ma se il Testatore lasciò alcune cose indivise, i Coeredi amichevolmente, oppure il Giudice, provvedono alla divisione delle medesime (*fr.* 35 *Dig. fam. ercisc.* X, 2.).

§. 780. Possono i coeredi far la divisione dell' eredità per convenzione, e questa divisione non è revocabile se non che per quelle cause, che viziano le altre convenzioni, come, la violenza, il dolo, l' errore (*fr. 20 pr. fr. 36, fr. 38, fr. 44* §. *2 Dig. fam. ercisc.* X 5 - *cost.* 3, *e cost. 6, Cod. comm. utr. jud. III, 38*). Tale divisione amichevole e pacifica, non abbisogna di forme speciali: e per Diritto Romano è valida ancora se fu fatta senza scrittura (*cost. 9. Cod. de fide instrum. IV, 21*; - *cost. 4 Cod. comm. divid. III, 37 - cost. 12 Cod. fam. ercisc. III, 36*). Lice alle parti devenire a questa pacifica ed amichevole divisione dell' eredità: ancorchè abbiano in precedenza cominciato un giudizio divisorio (*fr. 57. Dig. fam, ercisc. X, 2*).

§. 781 Il Giudice è chiamato a dividere giudicialmente l' eredità, quando le parti non hanno potuto amichevolmente comporsi in una divisione stragiudiciale. A tale oggetto ogni coerede può sperimentare *l' actio familiæ erciscundæ* (*fr. 1 Dig. fam. ercisc. X, 2*); azione *divisoria* che come le altre di questo stesso genere è azione *mista*, ed è uno degli *judicia duplicia* (Vedi sopra §, 489 pag. 272, 273). Tale azione si intenta dinanzi al Giudice del luogo ove era domiciliato il defunto (*Istit.* §. *29 de act. VI, 6 - cost. 9. Cod. fam. ercisc. III, 36*), è esperibile nel tempo stesso per più eredità comuni fra le stesse persone (*fr. 5* §. *3 - 5 Dig. fam. ercisc. X, 2*); e spetta non solamente a qualsivoglia maniera di erede, ma ben anco *utiliter*, a coloro ai quali per altra ragione sia dovuta una quota di eredità: esempigrazia all' arrogato impubere per ottenere la *quarta divi* Pii, e al fedecommissario cui deve essere restituita una parte di eredità ec. (*fr.* 2 §. 1 *fr.* 24 §. *40 Dig. fam. ercisc. X. 2*); siffatta azione per altro, di regola non può essere sperimentata più di una volta, avvegnachè il Giudice debba sempre dividere tutta l' eredità, nè lasciare cosa alcuna di comune fra i coeredi (*fr. 20* §. *4 fr.* 25 §. *20 fr. 44 pr. Dig. fam. ercisc.* X, 2 - *cost.* 8 *Cod. eod. III*, 36); tuttavolta spe-

rimentarla una seconda volta può quel coerede, che non fosse stato presente alla divisione (*fr. 44 §. 2 Dig. fam. ercisc. X, 2*). Non con questa azione *familiæ erciscundæ*, bensì con l'altra *communi dividundo*, si otterebbe la divisione di quelli oggetti, che fossero sfuggiti al giudizio *familiæ erciscundæ* (*fr. 44 pr. fr. 20 §. 4 Dig, fam. ercisc. X, 2 - fr. 31 Dig. comm divid X, 3 - fr. 34 Dig. pro socio XVII, 2*).

§. 782. Objetto di divisione è il Patrimonio tutto del defunto, eccettuati i crediti ed i debiti, i quali, come abbiamo detto, sono divisi *ipso jure* fra i coeredi. - Prima di procedere alla divisione, è necessario separare dal patrimonio del defunto tutto quanto appartiene ad altri, o che devesi restituire, come le doti della moglie del defunto, o della sua nuora, ma consegnata a lui suocero (*fr. 20 §. 2 fr. 46 fr. 51 pr. Dig. fam. ercisc. X. 2 - cost. 2 Cod. eod. III, 36 - fr. 1 §. 20 Dig. de collat. XXXVII, 6*), le cose prelegate agli eredi (*fr. 43 Dig. fam. ercisc. X, 2 - fr. 35 pr. Dig. de her. instit. XXVII, 5 - cost 7 Cod. eod.*): le cose che appartengono esclusivamente ad un qualche figlio del defunto, o ciò che il padre comprò in nome del figlio (*cost. 18 fam. ercisc. III, 36*); come pure una somma corrispondente ai debiti dal figlio contratti per comando o per utilità del padre, o volti a vantaggio paterno, ma in questo ultimo caso dentro i limiti della versione (*fr. 20, 21 Dig. fam. ercisc. X, 2*), e finalmente ciò che il figlio spese per la difesa del padre (*fr. 25 §. 19 Dig. eod.*).

§. 783. Non sono obietto di divisione:

(*a*) Le cose per motivi di pubblica utilità poste fuori di commercio, come i veleni, i libri di magìa ec: queste cose debbono essere distrutte (*fr. 4. §. 1. Dig. fam. ercisc. X, 2*).

(*b*) I monumenti sepolcrali di famiglia (*cost. 4. Cod. de relig. III, 44*).

(*c*) I documenti, i diplomi ereditarj, che interessano tutti i coeredi. Questi sono assegnati dal Giudice a quello fra loro, che è costituito in maggiore dignità, o al più anziano, oppure a colui che fu più onorato dal testatore, o che gli altri coeredi elessero per custodire quelle carte. - Qualora i coeredi non si ponessero d' accordo nello scegliere nel loro seno la persona che

debba custodirle, le leggi Romane prescrivono che quelle carte sieno depositate nei pubblici Archivii, i quali come fu detto altrove, risiedevano nei Templi (*fr. 4* §. *3 fr. 5 fr. 6 Dig. fam. ercisc.* X, *2 fr. 6 Dig. de fide instrum.* XXII, *4*).

(d) Le servitù perchè sono giuridicamente indivisibili (Vedi Vol. I. Lib. II, § 149 let. *g* pag. 577). Ma appartiene a quello dei coeredi, cui fu assegnato un dato fondo, la servitù reale costituita a favore del fondo medesimo. - Supposto invece che quel fondo, a cui favore è costituita la servitù, sia diviso fra i più coeredi, ogni coerede può esercitarla per intiero (*fr.* 23 §. *5 fr.* 25 *Dig. de serv. prœd. rust.* VIII. 3 - *fr. 4* §. *3 Dig si serv. vind.* VIII, *5*). - Per le cose ereditarie fisicamente od economicamente indivisibili, valgono le regole dichiarate nel trattare dell' *actio communi dividundo* (*Vedi sopra* §. *489 lett. c pag.* 274, 275 *e* 276) *(*a).

§. 784. La divisione fra i coeredi delle cose ereditarie, si fa nei modi da noi descritti per dividere delle cose comuni, fra i condomini (Vedi sopra §. 489 lett. c. pag. 274, a 276).

§. 785. Se la divisione delle cose ereditarie è fatta dal Giudice, la proprietà delle cose aggiudicate in particolare a ciascun coerede, passa in lui senza bisogno di tradizione (*Vedi Vol. I, Lib. II*, §. 88. *pag. 503, 504)*; ma se la divisione è fatta stragiudicialmente, quella proprietà non passa che mediante la tradizione (*cost. 15 Cod. fam. ercisc. III*, 36).

§. 786. La divisione cagionando sempre delle alienazioni (Vedi sopra §. 489. pag. 276) a titolo correspettivo, obbliga per regola i condividenti a garantirsi reciprocamente l' Evizione (*fr. 25* §. *1 Dig. fam. ercisc. X.* 2 - *cost. 14 Cod. eod. III*, 36 - *cost. 1 e 7 Cod. comm. utr. jud. III*, 38 - *fr.* 66. §. *3 Dig. de evict* XXI. *1*). Ma se la divisione fu fatta dal Testatore stesso col suo Testamento, i suoi figli si prestano reciprocamente l' Evizione, non già gli estranei (*fr.* 77 §. 8 *Dig. de legatis* 2° XXXI,*)*, ammenochè il testatore avesse saputo

(a) Aggiungeremo qui, che un vestibulo che fosse comune a due palazzi, e indispensabile a entrambi, dovrebbe rimanere indiviso [*fr.* 19. § 1. *Dig. com. divid. X, III.*).

che la cosa da lui assegnata ad uno dei coeredi era altrui, o ammenochè si potesse provare che in quella cosa avrebbe istituito un estraneo, eziandìo nel caso che avesse saputo essere di altri (*arg. cost. 10 Cod. de legat. VI, 37*).

§. 787. Eseguita la divisione dell' Eredità dal Giudice, presenti al giudizio tutti i Coeredi, il suo Decreto diviene irretrattabile, appena è passato in cosa giudicata (*cost. 3 Cod. comm. utr. jud. III, 38 - fr. 36 Dig. fam. ercisc. - fr. 56 Dig. de re judicata XLII. 1 - fr. 25 Dig. de statu hom. I, 5 - fr. 207 Dig. de reg. juris L, 17*). La Divisione stragiudiciale, fatta da un arbitro, o dai coeredi stessi per convenzione, può essere attaccata pel dolo, o per l' errore di cui si dimostrasse infetta (*fr, 35 Dig. de Pactis II, 14 - cost. 3 Cod. comm. utr. jud. III, 38.*) La Divisione fatta dal Testatore, può essere attaccata soltanto se lede la legittima (*cost. 10, 36 Cod. fam. ercisc. III, 36 - Nov. 22 cap. 48*).

C) *Collatio*

Dig. Lib. XXXVII, Tit. 6 *de Collatione - Tit. 7 de dotis Collatione - Cod. Lib. VI. Tit. 20 de Collationibus.*

§. 788. Quando più discendenti vengono a consuccedere alla Eredità di un loro comune Ascendente, sono l' uno di fronte all' altro obbligati a conferire, o riportare alla comune eredità ciò che ognuno di essi ebbe da quell' ascendente durante la sua vita. Questo conferimento dicesi *Collazione.* La Collazione deve la sua origine all' equità Pretoria, che la stabilì riguardo ai figli emancipati. I figli emancipati, (l' abbiamo veduto) per la legge Decemvirale erano esclusi dalla eredità paterna, perchè usciti dalla agnazione ossia dalla *familia* civile del padre loro; ma il Pretore nel suo Editto, là dove trattava dei figli (*unde liberi*) loro accordò la *bonorum possessio.* Or bene, se essi non avessero conferito tutto quello che avevano acquistato in proprio dopo l' emancipazione, sarebbero stati a migliori condizioni dei loro fratelli rimasti sotto la patria potestà fino alla morte del comune genitore: avvegnachè questi loro fratelli durante la pa-

tria potestà non acquistavano per se, bensì pel padre: e quello che acquistavano veniva a far parte dell' eredità paterna laonde alla morte del comune genitore i figli emancipati avrebbero goduto di una parte degli acquisti fatti dai loro fratelli rimasti sotto la patria potestà, e passati nel patrimonio paterno, senza far godere a questi ultimi parte alcuna degli acquisti fatti da essi emancipati, dopo l' emancipazione. Il Pretore per impedire questa ingiusta locupletazione dei figli emancipati, a carico dei loro fratelli non emancipati, volle che quei primi conferissero alla massa ereditaria, tutto quello che avessero acquistato posteriormente alla emancipazione, e che avrebbe fatto parte del patrimonio paterno, se non fossero stati emancipati; e con questo intendimento accordò loro la *bonorum possessio*, sotto la condizione che conferissero i beni ora indicati (*Ulp. Reg. XXVIII, 4 - fr. 1* §. *1, 5, 6, 7 fr. 3* §. 2 *Dig. de collat. bon.* XXXVII, 6). Ragione e misura della *Collazione*, essendo il desiderio di impedire il pregiudizio degli *heredes sui* (conseguenza del concorso degli *emancipati* al godimento del patrimonio del padre comune), la collazione stessa non aveva luogo quando la eredità era deferita ai soli emancipati, od a figli dei quali niuno fosse emancipato, o quando si trattava di successione testamentaria (*cost. 1 e 9 Cod. de Collat. VI*, 20 - *fr. 9 e 12 Dig. eod.* XXXVII, *6 - cost. ult. Cod. comm. utr. III*, *38 - fr. 35 Dig. fam. ercisc. X*, 2). Tale fu l' origine della Collazione, e la sua primitiva applicazione assai limitata. Ma in seguito il principio di equità che l' animava, fu portato alle sue ultime conseguenze: si volle che fosse il più possibile mantenuta la uguaglianza fra i discendenti che consuccedono nella medesima eredità, ed esclusa l' ingiusta preferenza di uno all' altro; e perciò la collazione fu estesa ancora alla eredità testamentaria, e fu ordinata fra qualunque maniera di figli e discendenti (*cost. 12, 16 17, 19 Cod. h. t. VI*, 20 - *Nov. 18 cap. 6*)

§. 789. In Gius Nuovo hanno dunque l' obbligo di conferire i *discendenti*, tanto se succedono *per testamento*, quanto se succedono *ab intestato*, senza distinguere se sieno *sui* o *emancipati*, di primo o di ulterior grado (*cost. 17 Cod. h. t. VI*, 20).

Non conferiscono eredi diversi dai discendenti, e perciò nè gli ascendenti, nè i collaterali (*Tit. 6 e 7 del Libro XXXVII. Nov. 97 cap, 6*) e molto meno gli eredi estranei. E bene a ragione: non havvi infatti motivo per volere fra loro, quella uguaglianza di condizioni, che giustamente si desidera fra i discendenti. Nel caso che ad una Eredità vengano chiamati dagli Estranei e dai Discendenti, la Collazione ha luogo soltanto fra i Discendenti, in guisa che gli estranei non ne risentano vantaggio alcuno. Hanno obbligo di conferire tanto i discendenti che vengono alla successione *ex persona propria*, quanto quelli che vi vengono *jure repræsentationis*, e questi ultimi conferiscono così le cose che doveva conferire la persona che rappresentano, come quelle che hanno l'obbligo di conferire *ex persona propria* (*Vedi Forti nel suo Trattato delle Disposizioni di ultima volontà - Parte Terza - Capitolo Primo - Sezione IV. Della Collazione n. 134 a 137 pag. 296 - Trattati inediti di Giurisprudenza - Viessieux Editore 1854*).

§. 790. In Gius Nuovo, subjetto di Collazione sono soltanto:

1°. La Dote costituita dal padre alle figlie,

2.° La Donazione *propter nuptias*, finchè fu in uso (*fr. 4 §. 1 Dig. de dot. collat.* XXXVII, *7 - cost.* 2, 5, *12*, *16*, *17*, *19 Cod. h. t. VI*, 20).

3. Le spese fatte dal padre per comprare al figlio una carica venale, *militia* (*cost. 30 §. 2 Cod. de inof. test. III*, *28 - cost. 20 pr. Cod. de collat VI*, *20*).

§. 791. Le leggi escludono dalla collazione: gli alimenti ricevuti dal discendente, il peculio castrense o quasi castrense proveniente dal defunto (*fr. 1 §. 15 e 16 Dig. de collat.* XXXVII, *6*), le spese fatte pel riscatto di un figlio dalla schiavitù (*cost. 7 Cod. de postlim. VIII*, *51*): e le spese che gli studj di un figlio hanno cagionato al padre; perchè queste in generale si considerano come alimenti, e quindi sono esenti da collazione. Ma quando quelle spese fossero state sproporzionate alle forze ed alla condizione del padre, o superiori a quelle fatte per gli altri figli, per decidere se vi sia o no obbligo di conferirle, è da esaminare se il padre tenesse registro delle medesime. Il registro di quelle spese tenuto dal padre, fa presumere che vo-

lesse fossero conferite (*fr. 50 Dig. fam. ercisc.* X, 2). Le Donazioni *inter vivos* pure e semplici, fatte dallo ascendente al discendente, per regola non vanno sottoposte a collazione; tal regola subisce limitazione nel caso che un altro discendente avesse ricevuto una donazione *sub causa* (p. e. *propter nuptias*) o una *dote*: perchè allora dovendosi conferire quella donazione e questa dote, deve andare sottoposta a collazione *anche la donazione inter vivos* (*cost 20 §. 1 Cod. h. t. VI, 20 - cost. 18 pr. Cod. fam. ercisc. III, 56*). Objetto di collazione non sono i Legati, i Fedecommessi, le Donazioni *mortis causa*, (*fr. 1 §. 19 Dig. h. t. - cost. 10, 13, 15 cod. eod.*): avvegnachè queste liberalità addimostrino in maniera evidente, l' intenzione del Testatore di favorire straordinariamente quello dei discendenti cui le elargì. Non si conferiscono i frutti naturali o civili delle cose sottoposte a collazione, giacchè si presuppongono consumati, tranne il caso in cui la persona obbligata a conferire fosse *in mora* (*fr.* 5 §. 1 *Dig. de dot. collat.* XXXVII. 7.)

§. 792. La Collazione non ha luogo:

1.° Se chi deve conferire si astiene dall' eredità, la repudia, o in generale non diviene erede dell' ascendente (*fr. 4 fr.* 8 *fr. 9 Dig. de dot. collat.* XXXVII, 7 - *cost.* 25 *Cod. fam. ercisc.* III, *56 - Nov.* 92 *cap. 1*).

2.° Se la cosa da conferirsi perì per caso.

3°. Se il Testatore dispensò i suoi discendenti dal conferire; e dispensarneli può, purchè non leda la quota legittima dovuta a qualcheduno fra loro (*fr. 39 §. 1 Dig. fam. ercisc.* X, 2 - *Nov.* 18 *cap. 6*). Vuolsi avvertire, che come l' Ascendente può dispensare dalla Collazione, così può anche ordinare che essa avvenga per quelle cose, le quali per legge non vi sarebbero sottoposte; ma a condizione che egli le abbia donate senza esservi obbligato per legge: allora tale obbligo di conferire deve essere imposto nel momento della Donazione (*cost.* **20** §. 1 *in f. Cod. h. t. VI, 20*).

§. 793. La Collazione si esegue col riportare in natura alla comune eredità le cose che debbonsi conferire, o col riportarvi il loro valore, calcolato riferendosi al momento della morte della persona della cui eredità si tratta (*fr. 1 §. 11 Dig h. t*).

o col computare questo medesimo valore nella quota ereditaria di chi è obbligato alla Collazione (*fr. 1* §. *12 Dig. h. t. - cost. 5 e* 6 *Cod. eod.*).

PARTE V.

Azioni per far valere i Diritti di Successione Ereditaria

§. 794 Di tali Azioni, parte sono *Petitorie*, parte *Possessorie.*

CAPITOLO I.

Azioni Petitorie

§. 795. Fra le azioni *Petitorie,* bisogna distinguere quelle che sono *comuni* all' eredità testamentaria e all' eredità legittima, e quelle che sono *proprie* della sola eredità testamentaria.

Azioni comuni sono: l' *Hereditatis Petitio* e l' *Actio familiæ erciscundæ*,

(A) *Hereditatis Petitio*

Dig. Lib. V, Tit. 3 de hereditatis petitione - Cod. Lib. III, Tit. 31· eodem

L' *Hereditatis petitio* tende a fare dichiarare, che quegli il quale la intenta è erede, e ad ottenere che gli venga dato il possesso, o dell' eredià, o di una parte della medesima, con ogni accessorio e pertinenza *(fr. 10* §. *1 fr. 18* §. *2 fr.* 40 *pr. Dig. h. t.)* . Quest' azione, *propria* in origine dell' *heres*, che voleva ottenere la vera e propria *hereditas* (*hereditatis petitio civilis*), venne poi accordata ancora al *bonorum possessor* (*hereditatis petitio possessoria*). - *fr. 1, e 2 Dig. de hered. petitio poss. V, 5*), ed eziandìo al fedecommessario dopo la restituzione (*fr. 1 - 3 Dig. de fedeicom hered. petit. V, 6*). Quest' azione è detta ancora *actio Universalis, seu de Universi-*

tate (*fr. 1 Dig. de hered. petit. V, 3*): perchè la questione che con essa si premuove, è sempre se l' *universitas hereditas* appartenga all' attore, comunque venga l' azione stessa intentata contro un reo convenuto, che ritenga soltanto qualche singolo oggetto ereditario (*fr. 10 Dig. de hered. petit.* V, *3 - fr 1* §. *1 Dig. si pars. her. pet. V, 4 - fr.* 8 *Dig. de rei vindic VI 1*). Se poi l' attore chiede solamente una parte dell' eredità perchè egli non è un *heres ex asse*, bensì un *heres ex parte*, allora la *hereditatis petitio* prende il nome di *partiaria* (*Dig. si paes hered. pet. V. 4*). Le si aggiunge l' epiteto di *qualificata*, quando viene sperimentata dall' erede legittimo contro l' erede testamentario, e quando investe nel medesimo tempo la validità del testamento. -

§. 796. L' *hereditatis petitio* spettò in origine a qualunque *erede*, legittimo o testamentario (*fr. 1 fr. 3 Dig. h. t*), poi anche al *bonorum possessor*, ed al *fideicommissarius* (Vedi il §. antecedente); *utiliter* può essere sperimentata ancora dal compratore di una eredità (*fr. 54 pr. Dig. eod*). - Chi vuole valersi di questa azione deve provare:

a) la morte della persona, della quale pretende essere erede, giusta il principio: *Viventis hereditas non datur*.

b) La qualità di erede *testamentario* o *legittimo*, *ex asse* o *ex parte*; e la traslazione del diritto ereditario se l' attore è il compratore dell' eredità.

c) Il possesso dell' eredità o di parte della medesima nel reo convenuto, ove egli lo negasse.

§. 797. L' *Hereditatis petitio* è diretta contro chi possiede *pro herede* (cioè contro chi possiede le cose ereditarie con la pretensione di avere diritto di possederle, perchè erede o *bonorum possessor*; e contro chi possiede *pro possessore*, vale a dire contro chi possiede le cose ereditarie, senza altro titolo che il fatto del possesso, senza potere addurre altra ragione che questa: *possideo quia possideo* (*Gajo IV, 144 - fr. 9 fr. 11 13 Dig. h t. V*, 3). Quelli che posseggono cose ereditarie *pro legato*, *pro donato*, o per qualunque altro titolo singolare, non violando il diritto ereditario dell' attore, non contestandogli la qualità di erede, non sono passibili dell' ***hereditatis petitio***,

lo sono della *rei vindicatio*, qualora la cosa da costoro posseduta sia di tale indole da potere essere rivendicata, altrimenti di altre azioni particolari a seconda dei casi (*fr.* 16 §. *6 Dig. h. t. V*, 3 - *cost.* 2, *e 7 Cod. eod. III*, 31 - *cost. 4 Cod. in quib. caus. ces. long. temp. præscript. VII. 34)*. In progresso di tempo *l' hereditatis petitio* poté essere sperimentata contro il *fictus possessor*, cioè contro colui che si espone alla lite spacciandosi qual possessore; *qui liti se obtulit. (fr.* 13 §. *fr. 45 Dig. h. t.*); e contro chi ha posseduto cose ereditarie ma dolosamente cessò di possederle, qui *dolo desiit possidere* (*fr.* 13 §. 2. *e 14 fr.* 25 §. 2 - 8, *fr. 36* §. 2 *e 3 Dig. eod. tit.*). L' azione in discorso può sperimentarsi eziandìo contro quei possessori che venderono le cose ereditarie, e ne riceverono un prezzo (*fr.* 16 §. 1, *fr.* 33, *34*, 35 *Dig. h. t.*), e finalmente contro il così detto *juris possessor*, nome con cui si intende la persona sulle cose della quale competono dei diritti ereditarj, o colui che è debitore di qualche cosa al defunto (*fr. 13* §. *15 fr. 14 fr. 15 fr. 16 pr.* §. *1 -2 fr. 19* §. *3 Dìg. h. t.*). - É poi indifferente che il reo convenuto possegga tutta l' eredità, o una parte benchè piccola della medesima (*fr. 4 fr 9 in f. fr. 10 pr. Dig. eod.)*, bastando che egli si difenda allegando un titolo, che sia in collisione col diritto ereditario dell' attore (*cost.* 7 *e 11 Cod. de hered. petit. III, 31*). - Quei coeredi, che non volessero riconoscere il diritto ereditario di un loro coerede, potrebbero essere convenuti da questo con la *hereditatis petitio* (*fr. 1* §. *3 Dig eod.*)

§. 798. L' azione in esame è una in *rem actio*, (*fr*, *25* §. *18 fr 49 Dig. de hered. petit. V*, *3* - *fr.* 27 §. *3 Dig, de rei vind. VI*, 1), objetto della quale è tuttociò che appartiene alla Eredità, sia cose corporali sia incorporali (*fr 18* §. 2 *Dig. h. t. V*, *3*). Questa azione ottenne un estensione speciale mediante il senatusconsulto *Juvenziano* dei tempi di Adriano (*fr.* 20 §. 6 - 21 *fr.* 25 *pr.* §. 17 *Dig. h. t*, *V*, *3*); avvegnachè fosse pel medesimo stabilito, che la persona la quale possedè un objetto ereditario, e poi cessò di possederlo *sine dolo*, ove ne avesse ricavato un qualche lucro od un equivalente, dovesse restituire quel lucro o quell' equivalente come

se fosse un objetto ereditario; e che tutti i frutti e accessioni, fossero considerati come un aumento della eredità, talchè con l' *hereditatis petitio* potessero esigersi dall' attore qual *causa rei*. In questa guisa la *hereditatis petitio* ebbe una estensione eccedente quella delle azioni *in rem*, ed ebbe mistura di azione personale (*fr. 25 §. 18 fr. 28. Dig. h. t. V, 3. - cost. 7 Cod. eod.*).

§. 799. La persona, che intenta la *hereditatis petitio*, ha per riguardo alle cose che pretende *accessoriamente* (come frutti, interessi, e l'equivalente di ciò che fu smarrito deteriorato ed alienato) diritti diversi, secondo che il reo convenuto fu possessore in buona od in mála fede; ed in vero il possessore di buona fede, di regola è tenuto soltanto nel caso che egli abbia risentito locupletazione, e dentro la misura della locupletazione (*fr. 36 §. 4 Dig. h. t.*); il possessore di mala fede è obbligato a dare, tutto quanto l'attore avrebbe potuto lucrare, se egli stesso avesse posseduto (*fr. 20 §, 6 fr. 25 §. 2 fr. 31 §. 2 Dig. eod,*). E specialmente per riguardo ai frutti, il possessore di buona fede è obbligato a restituire i frutti *extantes* da lui percetti, ma i consumati deve restituirli se per la loro consumazione si locupletò, e fino al punto della sua locupletazione (*fr. 20 §. 6 fr. 23 fr. 30 Dig. h. t.*). Il possessore di mala fede invece, deve restituire tutti i frutti percetti e percipiendi, (*fr. 25 §. 4 fr. 40 §, 1 Dig. h. t. - Istit. §. 2 de off. jud. IV, 17*).

§ 800. Il reo convenuto può alla sua volta pretendere dall' attore:

a) i crediti che ha verso l' eredità del defunto (*cost 12 Cod. h. t. III. 31.*).

b) tutto quanto pagò ai creditori dell' eredità, o ai legatarj (*fr. 31 pr. Dig. h. t. - cost. 5 Cod. eod.*).

c) può inoltre esigere di essere liberato da tutte le obbligazioni, e da ogni onere cui si sottopose a cagione dell' eredità *fr. 20 §. 20 fr. 40 §. 3 Dig. h. t.*), non che

d) il risarcimento delle spese fatte per la medesima causa. Le spese fatte pei frutti, debbono essere rimborsate a qualunque possessore di buona o cattiva fede, ogni qualvolta questi

restituisce i frutti (*fr. 36 §. 5 Dig. h. t. - fr. 46 Dig. de usuris XXXII, 1*). Le spese fatte intorno alle cose objetto dell' eredità, possono dal possessore di buona fede essere sempre ripetute di qualunque natura sieno, ancorchè il loro vantaggio siasi in seguito dileguato; mentre dal possessore di mala fede non possono ripetersi se non le necessarie: e le utili soltanto quando il vantaggio dalle medesime derivato, esista tuttora (*fr. 38 fr. 39 Dig eod.*).

§. 801. L'*Hereditatis petitio* si estingue a tenore della regola generale della prescrizione delle azioni, vale a dire col decorso dei 30 anni (*cost. 5 de Præscript. 30 vel. 40 ann. VII, 39*).

B) *Actio familiæ erciscundæ.*

§. 802. Di questa azione divisoria abbiamo già avuto occasione di parlare due volte (*Vedi sopra §. 489 e seg. pag. 272 e seg. e §. 781 pag. 510*). Aggiungeremo quì, che essa si intenta *dopo* l' adizione dell' Eredità, e *fra coloro* che non si contestano la qualità di *Eredi*: avvegnachè ove tal contestazione esistesse, farebbe di mestieri in precedenza risolverla, sperimentando la *hereditatis petitio*. L' *actio familiæ erciscundæ* può essere intentata finchè dura l' indivisione, e qualunque sia il tempo che dura (*fr. 14 §. 2 Dig. com. Divid. X, ; 3, - cost. 5 Cod. eod. III, 37*); ed è in questo senso che si dice di essa, come di tutte le altre azioni divisorie, essere *imprescrittibile*: ma se una divisione di fatto delle cose ereditarie avvenne, ogni possessore di una parte ereditaria ha diritto dopo 30 anni, opponendo la prescrizione, di respingere l' *actio familiæ erciscundæ*, con la quale si volesse obbligarlo a devenire ad una divisione di diritto (*cost. 1 §. 1 Cod. de ann. except. VII. 40 - cost. 6 Cod. fin. reg. III, 37*).

§. 803. Azioni proprie della sola Eredità Testamentaria, sono: la *querela nullitatis*, la *querela inofficiosi testamenti*, la *querela inofficiosæ donationis o dotis*, l' *actio expletoria*. Di queste avendo altrove trattato sufficientemente, non aggiungeremo parola (*Vedi sopra §. 682 pag. 433 - §. 683 e seg. pag. 435 e seg. - §. 679 pag. 432.*).

CAPITOLO II

Azioni possessorie

§. 804. Tali sono:

1.° *L' Interdictum quorum bonorum*, il quale è un interdetto *adipiscendæ possessionis*, che viene invocato da chi ha ottenuto la *bonorum possessio*, contro colui che possiede le cose ereditarie (ma *corporali*) *pro herede o pro possessore*, o contro *qui dolo desiit possidere* (*Gajo III, 34 - IV, 144 - Istit. de interd. IV, 15 - fr. 1 e 2 Dig. quor. bon. XLIII, 2 - cost. 2 Cod. eod. VVI,*). Chi si vale dell' interdetto *quorum bonorum*, si fonda soltanto sull' avere ottenuto la *bonorum possessio*, astrazione fatta dalla questione se egli sia o no il più prossimo erede (*cost. 1 Cod. quor. bon. VIII, 8 - Gajo III, 34*); attalchè basta che egli provi la concessione di quella *bonorum possessio*; nè il reo convenuto può respingerlo, opponendo di avere un diritto ereditario poziore (diritto che se realmente gli compete, sarà fatto valere da lui con la *hereditatis petitio*) ; chè anzi detto reo convenuto dovrà provvisoriamente restituire all' attore le cose ereditarie (*cost. 3 Cod. quor. bon. VIII, 2*). Il *bonorum possessor*, che potè provare di essere ancora il più prossimo erede, fu autorizzato in seguito a valersi della *hereditatis petitio* , (in tal caso detta *possessoria*) con la quale si decide definitivamente sul diritto ereditario dell' attore (*fr. 1, e 2 Dig. de poss. hered. petit. 5 - Vedi sopra §. 593 pag. 366 e §. 784 pag.* 512). L' Erede *Civile* trovò vantaggioso l' usare anch' esso dell' interdetto *quorum bonorum* (Vedi sopra §. 589 in f. pag. 363) e potè valersene, ottenuta che avesse la *bonorum possessio* (*Gajo III,* 34). (a).

2.° L' *Interdictum de tabulis exhibendis*, col quale chi vi ha interesse, ottiene, la produzione del Testamento dal detentore del medesimo, o altrimenti il *quid interest* (*Dig. de tab. exhib. XLIII, 5 - Cod. eod. VIII, 7*).

(a) Molto divergenti sono le opinioni dei Commentatori odierni del Diritto Romano, sull' indole dell' Interdetto *quorum bonorum*, e sulle sue relazioni con la *hereditatis petitio*. È poi opinione di molti, che in Gius Nuovo quell' interdetto non differisse in cosa alcuna dalla *hereditatis petitio*.

§. 805. Fra i mezzi possessorii, dei quali è lecito valersi, meritano considerazione i seguenti:

a) La *missio in bona defuncti*. Un Editto di Adriano, nell'interesse del Fisco, che percipeva la prestazione della *vicesima hereditatum* dagli eredi testamentarj, ordinò che quando la validità di un testamento per qualsiasi ragione venisse impugnata, gli eredi testamentarj potessero ciò nonostante ottenere senza indugio la *missio in possessionem bonorum*: purchè il testamento fosse incensurabile nella forma, fosse stato legalmente aperto, e purchè gli eredi richiedessero l'immissione nel possesso dentro il termine di un anno, e pagassero la *vicesima* nello stesso tempo (*Paolo III*, 5, *14 - 18 - cost. 1* 2, 3 *Cod. de ed. Div. Hadr. toll. VI*, 33). Giustiniano nell'abolire quello Editto di Adriano, dispose che l' istituito erede in un testamento *scritto*, incensurabile nella forma esterna, ed esente da qualunque vizio apparente, potesse chiedere dal Giudice l' immissione in possesso di quelle cose, che appartenevano al Testatore nel momento della sua morte, e non legittimamente possedute dai terzi (*cost.* 3 *Cod. loc. cit. VI*. 33).

b) L' immissione in possesso *ex Edicto Carboniano*. Lo impubere cui viene contrastata la sua legittimità (e per tal ragione il suo diritto di succedere nell'eredità del padre o dell' avo paterno), in forza dell' Editto di un Pretore Carbone, può dentro il termine di un anno dal dì in cui cominciò la lite, chiedere ed ottenere la sospensione della lite fino alla sua pubertà ed il possesso provvisorio della Eredità, onde perciperne gli alimenti (*Dig. de Carboniano edicto XXXVII*, *10 - Cod. eod. VI*, 17). L' Editto Carboniano era relativo a vero dire all' eredità legittima, ma fu estesa eziandìo ai discendenti, per testamento espressamente istituiti eredi, come tali (*fr.* 3 *pr.* §. 2 *Dig. h. t.*) Il Giudice, cui viene chiesta questa provvisoria immissione in possesso, la accorda quando da una sommaria *causæ cognitio* non apparisca evidente quale debba essere la risoluzione della questione definitiva in merito: perocchè se evidente apparisse dovrebbe immediatamente deciderla (*fr. 1* §. 9. *11 fr. 2 fr. 3* §. 3 - 5 *fr.* 7 §. 3 *Dig. eod.*).

c) L' immissione in possesso *quæ ventri datur*. La Moglie incinta nel momento della morte del marito, può ottenere a nome del figlio, che ha in seno (*ventris nomine*) il possesso provvisorio dei beni componenti l'eredità del defunto marito, fino al momento del parto, o fino al momento che si provi l'insussistenza della sua gravidanza (*Dig. si ventris nomine mulier in possessione missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur XXV, 5 - Si mulier ventris nomine in possessione, calumniæ causa esse dicetur XXV, 6 - De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus XXXVII, 9*). Se il nascituro è un *heres suus*, la vedova ottiene questa immissione in possesso sempre ed in qualunque circostanza, altrimenti la ottiene nel solo caso che essa sia povera ed abbisogni di venire alimentata (*fr. 1 §. 2, e 11 fr. 6, fr. 7 fr. 10 Dig. XXXVII. 9*). Un curatore viene nominato ad amministrare questa eredità, ed a somministrare alla vedova gli alimenti i quali debbono da lei essere restituiti se dolosamente si fece credere incinta *Vedi Vol. I, Lib. 1 §. 12 pag. 168 e §. 268 n.º 2 pag, 402*).

d) L'*immissione in possesso quæ furiosi datur*, della quale trattammo poco sopra (Vedi §. 748 n.º 6 pag. 489).

PARTE VI.

Dei Legati e dei Fedecommessi.

§. 806. Fu sempre riconosciuto essere un Diritto del Testatore, che si nominò un rappresentante circa ai beni, un successore universale, un erede insomma, il diminuire l' Eredità, o la Successione, disponendo di qualche parte o cosa della medesima a favore di una o più persone determinate, che rivestono per cotal guisa la qualità di successori singolari, che acquistano oggetti speciali dell' eredità del defunto, ma senza che si trasfonda in loro la personalità di lui, senza averne la rappresentanza per riguardo ai beni. L' ordinamento di tali successioni a titolo singolare, presuppone una successione a titolo universale, una eredità, presuppone un erede; avvegnachè siffatte successioni sieno diminuzioni, sottrazioni dell' eredità, *delibationes heredita-*

tis, a carico dello Erede, le quali dunque sarebbero inescogitabili se non esistesse una *Hereditas* ed un *Heres*. Riconosciute una volta nel Testatore il Diritto di ordinare siffatte *delibationes*, fu in seguito riconosciuto il Diritto stesso, in chi moriva *ab intestato*: la sola condizione all'esercizio di quel Diritto, essendo l'esistenza di una Eredità e di un Erede, a cui carico possano quelle *delibationes* venire imposte.

§. 807 Il Diritto Romano non ebbe, egli è vero, due forme di succcessione singolare, l'una di Diritto Civile, l'altra di Diritto Onorario (come nelle successioni universali furono la *Hereditas* e la *Bonorum Possessio*); ebbe bensì due forme, che comunque entrambo di Diritto Civile, non sursero per altro nel tempo stesso, nè furono animate dai medesimi principj; chè anzi l'una di queste, il *Legato*, fu più antica e più rigorosa, l'altra, il *Fedecommesso*, fu più recente e più libera. Vedremo come il Legato ed il Fedecommesso, sebbene fossero in origine due istituzioni fra le quali differenze notevolissime intercedevano, a poco a poco si riavvicinarono tanto, che Giustiniano potè parificarle. Noi prima tratteremo del Legato, poi del Fedecommesso.

CAPITOLO I.

Del Legato.

Istit. Lib. II, Tit. 20 de Legatis - Dig. Lib. XXX, XXXI, XXXII, de Legatis et Fidei commissis Cod. Lib. VI, Tit. 43 communia de Legatis et Fideicommissis.

§. 808. Florentino definì il Legato: *Delibatio hereditatis, qua testator, ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit (fr. 116 Dig. de Legatis XXX)*. Ulpiano invece, lasciò scritto: *Legatum est, quod legis modo, idest imperative testamento relinquitur. (Ulp. XXIV, 1)*. Modestino poi, dichiarò: *Legatum est donatio, testamento relicta (fr. 36 Dig. de legatis XXXI)*, ed i Compilatori delle Istituzioni Imperiali modificarono leggermente la definizione di Modestino, dicendo: *Legatum est donatio quædam, a defunto relicta (Istit. §. 1 de*

legatis II, 20). La definizione di Florentino, esatta per i tempi in cui fu data, non lo fu più quando i Legati poterono essere ordinati anche per Codicillo, ed imposti eziandio all' erede *ab intestato*, e ad un legatario; ugualmente antiquata divenne la definizione di Ulpiano, avvegnachè in Gius Nuovo, non sia altrimenti necessario, che i Legati vengano ordinati in un Testamento, e con formule imperiose. Lo stesso può dirsi della definizione di Modestino, in quanto accenna al bisogno di un testamento, per ordinare un legato; per giunta, in essa il legato impropriamente è qualificato come una Donazione. Di questa improprietà, sebbene in minor grado, sono redarguibili eziandio i Compilatori delle Istituzioni Imperiali, avendo detto, che il Legato è una specie di donazione (*donatio quœdam*); ma più che di improprietà, peccarono essi di indeterminazione, perocchè invece di definire, indicarono una analogìa, una rassomiglianza dello ente giuridico da definirsi, con altro già definito. Senza dubbio il Legato è una ultronea liberalità, come la Donazione, ma non per questo, Donazione e Legato sono la stessa cosa. Ed invero (per tralasciare altre differenze di minor rilievo) le Donazioni possono essere *inter vivos* e *mortis causa*; il Legato è sempre *mortis causa*, e non può mai rivestire la forma di convenzione, come talora la riveste la Donazione. Miglior partito è dunque definire il Legato: *una Liberalità ordinata, in un atto di ultima volontà.*

§. 809. Nella sua pristina e più ámpia accezione, *legare* significò testare, far la legge del proprio patrimonio; in questo senso nella legge Decemvirale era detto: *uti legassit ita jus esto* (Vedi sopra §. 599. pag. 373). Nell' epoca classica del Diritto Romano *legare, legatum*, erano voci adoperate ad esprimere ancora, qualunque diritto che prende vita alla morte del Testatore, quindi è che il Giureconsulto Paolo diceva: *et fidei commissum, et mortis causa donatio, appellatione legati continentur* (*fr 57 Dig. de legatis XXXII.*). Ma in seguito quelle voci furono adoperate di preferenza nel significato più limitato, da noi indicato nel definire il legato.

§. 810. Il Legato (lo abbiamo già accennato per incidenza) in antico andava sottoposto alle regole seguenti:

1.° Non poteva essere ordinato, che per Testamento, ed a carico di una Eredità Testamentaria (*fr. 116 Dig. de Legatis XXX. - Ulp. XXIV, 1 - fr. 36 Dig. de Legatis XXXI.*).

2.° Poteva essere imposto agli Eredi testamentarj soltanto, non ad un legatario, nè ad un erede *ab intestato* (*Gajo II, 260, 271 - Ulp. XXIV, 20.*).

3.° Doveva essere fatto *ante heredis institutionem* (*Gajo II, 229 - Ulp. XXIV, 15 - Paolo III, 6, 2 - Istit. §. 34 de Legatis II, 20.*).

4.° Doveva essere ordinato in lingua latina, con parole imperative, e con formule determinate (*Ulp. XXIV, 1 - XXV, 9*). Quattro erano le formule, che si adoperavano per ordinare i Legati, i quali assumevano per le medesime, nomi differenti, cioè: *a) Per vindicationem, b) Per damnationem, c) Sinendi modo, d) Per præceptionem* (*Gajo II, 192 - Ulp. XXIV, 2.*).

a) Nel legato *per vindicationem*, la formula esprimeva, che il Testatore accordava al Legatario la facoltà di rivendicare ciò che gli aveva legato: *do lego, sumito, capito, habeto* (*Gajo II, 193 - Ulp. XXIV, 3*).

b) Nel legato *per damnationem*, il Testatore condannava l'erede a dare al legatario l'objetto del legato: *Heredem damnas esto dare, Heredem meum dare jubeo, Heres dato, facito* (*Gajo II, 201 - Ulp. XXIV, 4*).

c) Nel legato *Sinendi modo*, il Testatore ingiungeva all'erede, che permettesse al Legatario di prendere l'objetto del Legato: *Heres meus sinito legatarium sumere illam rem, sibique habere* (*Gajo II, 209 - Ulp. XXIV, 5*).

d) Nel legato *per præceptionem*, il Testatore ordinava che l'uno dei coeredi, prima di dividere l'eredità, prendesse o prelevasse dalla massa ereditaria comune il legato lasciatogli: *Heres meus præcipito; præcipuam hanc rem habeto* (*Gajo II, 216 - Ulp. XXIV, 6*). Non tutte le cose indistintamente, potevano essere lasciate con qualunque di queste forme; ed in vero

a) Per vindicationem, potevano essere lasciate soltanto le cose delle quali il Testatore aveva il *dominium ex jure quiritium* nell'epoca che fece il Testamento, ed in quella della sua morte; ma per le cose *quæ pondere, numero, mensura constant*,

bastava che avesse quel dominio nell' epoca della sua morte (*Gajo II, 196 - Ulp. XXIV, 7.*).

b) *Per damnationem*, potevano essere legate le cose tutte, anche quelle che non erano nel dominio del Testatore, ma che appartenevano ad un altro; non soltanto le presenti, bensì ancora le future; e non unicamente le cose corporali, ma eziandìo delle incorporali, come delle prestazioni, dei crediti; in una parola tuttociò che può essere objetto di una obbligazione (*Gajo II, 202, 203 - Ulp. XXIV, 8 e 9*).

c) *Sinendi modo*, si legavano tanto le cose del testatore, quanto quelle dell'erede, delle quali avessero avuto la proprietà nel momento della morte (*Gajo II, 210 e 211. - Ulp. XXIV, 10.*). Pel Senatusconsulto *Neroniano* fu stabilito, che il legato delle cose non appartenenti, nè al Testatore nè all' Erede, fatto *sinendi modo*, valesse almeno come fatto *per damnationem* (*Gajo* II, *212*).

d) *Per præeptionem*, potevano essere legate le cose proprie del testatore, *res hereditariæ*. Se fossero state legate con la formula *per præceptionem cose altrui*, il legato sarebbe stato valido soltanto *ex Senatusconsulto Neroniano* (*Gajo II*, 220), cioè come un legato *per damnationem*. In un caso per altro, si poteva legare *per præceptionem* una cosa altrui, e questo era quando il Testatore avesse legato così una cosa da lui mancipata ad un suo creditore, con la clausula delle *fiducia* per costituirgli un pegno; allora questa cosa doveva essere riscossa dai Coeredi pagando il debito del Testatore, ed il Legatario la prelevava dall'eredità I legati per *præceptionem*, regolarmente si scrivevano sempre a favore di uno dei coeredi; ed invero *præcipere* vuole dire prendere avanti, a preferenza, degli altri eredi, coi quali si deve dividere la eredità (*Gajo II, 251, - 223*). Tale almeno era l' opinione dei Sabiniani; ma i Proculiani consideravano come oziosa la sillaba *præ*, affermando che dovesse leggersi in esso la parola *capito*: talchè questa non fosse una specie particolare di legato, bensì un legato per *vindicationem*. Tale loro opinione si diceva essere stata confermata da una costituzione di Adriano (*Gajo II, 218, 221.*). Sabino considerava come nullo il legato *per præceptionem*, fatto a favore di un estraneo; Giuliano e

Pomponio, lo dicevano valido, almeno ai termini del Senatusconsulto Neroniano (*Gajo II. 217, 218*). I Proculejani lo consideravano sempre come valido, perchè lo ritenevano, lo ripetiamo, come un legato *per vindicationem*.- Diversi erano eziandìo, gli effetti di queste differenti forme di legati :

a) Se il legato era fatto per *vindicationem*, il legatario acquistava *ipso jure* la proprietà quiritaria della cosa legatagli, ed egli poteva *rivendicarla*. Secondo i Sabiniani tale acquisto si operava a favore del legatario, dal momento in cui l' eredità era acquistata dallo erede, anche all' insaputa del legatario; secondo i Proculiani invece, la proprietà della cosa legata non era acquistata dal legatario, se non mercè il concorso della sua volontà; e la loro opinione ai tempi di Gajo prevaleva, perchè confermata da un Rescritto di Antonino Pio (*Gajo II*, 195).

b) Se il legato era fatto *per damnationem*, fra il Legatario e l' Erede, nasceva un rapporto obbligatorio; il Legatario diveniva creditore dell' Erede, ed aveva contro di lui un *actio in personam ex testamento* per costringerlo a *dare*, *mancipare*, *in jure cedere*, *tradere etc.* (*Gajo II*, *204*) azione *stricti juris*, nella quale *lis inficiando crescebat in duplum* (*Gajo II*, 282 - *IV* 9). Questa forma di legato essendo la più generale, come quella che era suscettiva di più estesa applicazione, si diceva che il legato fatto per essa, era il legato per antonomasia, *optimum jus legati* (*Gajo II*, *197* - *Ulp. XXIV*, *11.*).

c) Se il legato era fatto *Sinendi modo*, il legatario acquistava la proprietà della cosa legatagli, soltanto mediante la *traditio*, la *mancipatio*, o la *cessio in jure* che gliene faceva l' erede; ma il legatario poteva obbligare l' erede a trasferirgli così la proprietà della cosa, intentando contro di lui *l' actio in personam ex testamento* (*Gajo II*, 213). Vi erano per altro alcuni Giureconsulti, i quali opinavano, che l' erede non fosse per questo legato obbligato a *mancipare*, *in jure cedere*, *tradere*, e che bastasse che egli lasciasse prendere al legatario la cosa, limitandosi cioè ad obbedire alle parole del testatore (*Gajo II*, 214).

d) Se il legato era fatto *per præceptionem* secondo i Sabiniani, esso produceva nel legatario il diritto di prelevare la cosa legatagli mediante l' *actio familiæ erciscundæ* (*Gajo II*, *219*),

secondo i Proculiani aveva l' effetto di un legato *per vindica tionem.*

5.° Il Legato non poteva essere lasciato che alla person con cui si aveva la *testamentifactio*: chi non poteva esser istituito erede, non poteva ricevere un legato (*Gajo II*, 218 *II*, *110*, *175 - Ulp. XXV*, *7 - Istit.* §. *24 de leg. II*, *20.*).

6.° Il Legato che il testatore voleva revocare (*adimere*) doveva essere revocato con le forme stesse, con le quali er stato imposto; p. e. dovevasi dire: *fundum neque do*, *neque leg* (*Ulp. XXIV*, *9.*).

§. 811. Dopo i tempi di Augusto, i Legati poterono esser ordinati oltre che in un Testamento, eziandìo in un Codicill che si connettesse con un Testamento anteriore o posterior (*Gajo II*, 270 - *Ulp. XXV. 8*), ed ai tempi di Giustiniano, parificati i Legati ai *Fedecommessi a titolo singolare*, poteron così quelli come questi essere ordinati in un Codicillo non confermato, e venire imposti all' erede *ab intestato*, ad un Legatario. Dopo Augusto, ammesso che i Legati potessero essere ordinati in un Codicillo anche anteriore al Testamento, fu modificata la regola: che i Legati dovessero essere scritti nel Testamento *ante heredis institutionem* (regola di cui ricordiamo che si dava per ragione, che la *potestas testamenti*, *ab heredis institutione incipit - Ulp.* XXIV, *15 - Vedi Vol. I. Lib I.* §. 206 *e 207 pag. 336 e 337 e sopra in questo Vol. II*, §. 628 *pag. 391.*). I Legati, come le altre disposizioni tutte, ai tempi di Giustiniano poterono essere scritti in un luogo qualunque del Testamento (*Istit.* §. *34 de legatis II*, *20 - cost. 24 Cod. de testam VI. 23*). Teodosio e Valentiniano permisero di far Testamento, e per conseguenza di ordinare Legati, anche in Greco (*cost. 21* §. *4 Cod. de Testam. VI*, *23*). Pel Senatusconsulto Neroniano (dell' anno 64° dell' Era Cristiana, 817 di Roma) qualunque legato, sebbene non ordinato coi termini proprj delle formule sacramentali, dovè essere interpetrato come un legato *per damnationem*, e produrne gli effetti. Costantino, Costanzo, e Costante (nell' anno 339 dell' Era Cristiana), tolsero il bisogno di formule solenni nell' ordinare i testamenti, e così tanto per le istituzioni di erede, quanto per i legati (*cost. 21 Cod.*

de legatis VI, 37 - cost. 15 Cod. de testam. VI, 23): il che fu quasi un preludio all'abolizione delle formule in tutti gli atti, ordinata tre anni dopo (*cost. 1 Cod. de formulis et impetr. act. sublatis II, 58*). Finalmente Giustiniano, dando più importanza alla intenzione dei defunti, che alle parole con le quali fosse manifestata, stabilì con una sua Costituzione, che una sola fosse la natura dei legati, e che qualunque fossero le parole adoperate dal Testatore nell' ordinarli, ogni Legatario potesse esercitare a sua scelta l' azione personale *ex testamento*, o le azioni reali, o l'azione ipotecaria (*Istit. §. 2 de legatis II, 20 - cost. 1 Cod. communia de legatis VI, 43*).

CAPITOLO II.

Del Fedecommesso singolare.

Istit. Lib. II, Tit. 24 de singulis rebus per fideicommissum relictis - Dig. lib. XXX, XXXI, XXXII, de legatis et fideicommissis. - Cod. Lib. VI, Tit. 43 Communia de legatis et fideicommissis.

§. 812. Fedecommesso, in generale è: *una disposizione di ultima volontà, per la quale si prega la persona cui si lascia tutta o parte dell' Eredità, o una cosa singola della medesima, di restituire quel tutto, o quella parte, o quella cosa, ad una terza persona designata.* Se tutta l' eredità, od una parte aliquota di essa deve essere restituita, il fedecommesso dai Giureconsulti Romani chiamasi *Fideicommissaria hereditas* (*Istit. tit. de fideicom. hered. II, 23*), e dai Moderni Scrittori *Fedecommesso Universale*; se invece devesi restituire una cosa singola, od una somma determinata, il Fedecommesso dai Giureconsulti Romani, chiamasi *Fideicommissum singulæ rei*, e dai Moderni *Fedecommesso singolare*, *particolare*, o *speciale*. Soltanto l' Erede può essere incaricato di un Fidecommesso Universale; chiunque riceve una liberalità dal Testatore, può essere incaricato di un Fedecommesso particolare. - Il Fedecommesso può essere *espresso o tacito. Espresso*, quando la restituzione è commessa con termini espliciti. *Tacito* quando, senza

commettere espressamente di restituire, si impone all' erede una qualche omissione od azione, che addimostri dovere egli restituire l'eredità; esempigrazia se il Testatore istituisse alcuno in erede, con l'obbligo di non far Testamento; ciò equivarrebbe a commettere a quell' erede di restituire la eredità ai suoi più prossimi congiunti (*fr. 69* §. 3 *Dig. de Legatis XXXI.* - *fr. 74 pr Dig. ad S. C. Trebell. XXXVI, 1*).

§. 813. L' origine dei Fedecommessi, vuolsi ripetere dal desiderio di beneficare certe persone, che non potevano essere istituite eredi (specialmente i Peregrini, *Gajo II, 285*), o che non avrebbero potuto acquistare, se non che una parte di ciò che fosse stato loro lasciato. Per conseguire l' intento, che con una istituzione diretta non si sarebbe potuto conseguire, si prendeva una via indiretta; la istituzione od il legato, che non avrebbero potuto essere ordinati a favore di un incapace, si ordinavano a favore di una persona capace di acquistarli, ma insieme si pregava quest' ultima, di rimettere a coloro che volevansi in effetto beneficare, tutta o parte dell' Eredità o del Legato, per cotal guisa più presto affidati, che dati. Parimente, chi nel suo Testamento non aveva favorito per dimenticanza, una persona bene affetta, od una persona divenutagli bene affetta dopo il Testamento; oppure chi non avendo fatto testamento, e non avendo agio per farlo, voleva tuttavolta beneficare qualcheduno: invece di rifare il testamento, o di farlo, trovava utile e comodo, di rimettere a quella data persona una parte della Eredità o qualchè cosa singola ereditaria, per mezzo di persona terza, di fiducia. Tali furono i primi Fedecommessi: non obbligatorj, avvegnachè chi li faceva non aveva altra garanzia per l'esecuzione dei medesimi, che nella coscienza e nella fedeltà della persona, cui aveva affidato quella restituzione. Di quì derivò il nome dei *Fedecommessi*, nome che indica appunto, che la disposizione di ultima volontà era *commessa* alla *fede* altrui (*fidei heredem committebatur*); di quì derivò eziandio il nome di *fidecommittente* in chi faceva quella disposizione, e di *fidecommissario* nella persona a cui favore era fatta. Il Disponente si serviva di formule di preghiera, indirizzandosi a coloro alla cui fede commetteva l' esecuzione delle sue volontà, *non civilibus*, *sed precativis verbis*; ed in

vero la legge non astringendo costoro ad eseguire la volontà del defunto, parole di comando non potevano loro essere dirette (*Ulp. XXV, 1*). Il loro ufficio era tutto di fiducia, onde il nome di *heres fiduciarius* attribuito alla persona, cui il defunto aveva commesso la restituzione. Per vincolare fino ad un certo punto la volontà dei Fiduciarj, si usò nei primi tempi, di farli giurare *per salutem, o per genium Principis,* che avrebbero eseguito il fedecommesso (*Cic. in Ver II, 147 - Plin. Epp. X, 66, fr. 77. §. 25 Dig. de Legatis XXXI. - fr. 15 §. 6 Dig. de jurejurando XII, 2*). Gli uomini onesti biasimavano e disprezzavano coloro, che violando la fede, non eseguivano il fedecommesso; ed i Pretori a quel biasimo assentivano, (*Cic. in Ver. loc. cit. - e de finib. bon. II, 17, 18*); finchè poi Augusto, trascinato dalla pubblica opinione, ordinò ai Consoli di interporre la loro autorità affinchè i fedecommessi venissero rispettati. Questa interposizione di autorità Consolare, si trasformò in seguito in una giurisdizione permanente, ed in ultimo fu creato un Pretore speciale rivestito di quella giurisdizione, e perciò detto *Prætor Fideicommissarius* (*Gajo II, 274, 275, 278, 285,- Ulp. XXV, 7, 12 - Istit. §. 1 de fideicom. hered II, 25 - fr. 2 §. 32 Dig. de orig. juris I, 25*).

§. 814. I Fedecommessi *Singolari*, (dei quali adesso ci limitiamo a trattare) avevano una certa analogía coi Legati, essendo alla pari di quelli, delle liberalità a titolo singolare, ordinate *mortis causa*; ma in origine ne differivano per molti rispetti; ed invero:

1.° I Fedecommessi potevano essere ordinati senza formalità alcuna; bastava alla loro efficacia, che la volontà del disponente potesse venire constatata. Era lecito dunque, farli verbalmente, con parole qualunque, ed anche per cenni, od in scritto con una lettera diretta all' erede testamentario o legittimo (*Paolo IV, 1, 4, 5, 6, 11.- Ulp. XXV, 1, 3, 8 - Gajo II, 270, 273 - Istit. §. 1 de Codicill. II, 25 - fr. 8 pr. fr. 16 Dig. de jure Codicill. XXIX, 7 - fr. 21 Dig. de Legatis XXXII. - cost. 22 Cod. de fidecom. VI. 42*); mentre i legati come dicemmo, non potevano essere ordinati che per Testamento, o per Codicillo, ma confermato nel Testamento.

2.º Onerato di un Fedecommesso, poteva essere chiunque riceveva dal Testatore qualche cosa, e per conseguenza non tanto l' erede testamentario o legittimo, quant' ancora un legatario un fedecommissario (*Gajo II, 271,- Istit. pr. §. 1 de sing. reb. per. fideicom. rel. II, 24 - cost. 9 Cod. de fideicom. VI, 42 - fr. 1 §. 6 Dig. de Legatis XXXII*), mentre non si poteva imporre legati che all' Erede.

3.º Il fedecommesso ordinato per testamento, poteva esserlo ancora *ante heredis institutionem* (*Ulp. XXV, 8*).

4.º Non soltanto in lingua Latina, bensì ancora in Lingua Greca potevano i fedecommessi essere ordinati, mentre i Legati dovevano essere imposti in latino (*Ulp. XXV, 9*). Non con parole determinate ed imperiose, come per i Legati, ma con parole qualunque, e di preghiera si ordinavano i Fedecommessi: ***non civilibus, sed precativis verbis*** (*Ulp.* XXV, *1 - Paolo IV, 1. 5, 6 - Istit. §. 3 de sing. reb. II, 24*); le parole che ordinariamente si adoperavano erano queste: ***Peto***, ***Rogo***, ***Volo***, ***Fideicommitto*** (*Gajo II, 249*), ma si usavano anche le seguenti: ***mando***, ***deprecor***, ***cupio***, ***injungo***, ***desidero***, ***impero***, ***volo***, ***dari*** (***Paolo IV, 1, 6 - Ulp.*** XXV, *2*). Secondo Paolo; le sole parole ***relinquo et commendo***, non esprimendo l' idea del fedecommesso, non valevano a ordinarlo (***Paolo IV***, *1, 5.*).

5.º I fedecommessi, a differenza dei Legati, potevano nei primi tempi, essere ordinati a favore di persone con le quali non avevasi la *testamentifactio*: anzi vedemmo che fu questa la principale ragione per la quale i fedecommessi furono introdotti; quindi i *Peregrini*, i *Latini Juniani*, le donne contro la *lex Voconia*, le ***incertæ personæ***, ***i postumi alieni***, ***i cœlibes***, gli ***orbi***, poterono essere favoriti mediante un Fedecommesso. Ma quando i fedecommessi divennero una istituzione giuridica, furono introdotte alcune limitazioni alla primitiva libertà assoluta di ordinarli. Infatti pel Senatusconsulto ***Pegasiano***, le disposizioni delle leggi ***Julia et Papia Poppea*** sui celibi e sugli orbi furono estese ai Fedecommessi. (*Gajo 286*). Un altro Senatusconsulto dei tempi di Adriano, dichiarò incapaci di acquistare per fedecommesso i peregrini, i ***postumi alieni***, le ***incertæ personæ*** (*Gajo 285. 287 - Ulp.* XXV, *13.*).

6.° I fedecommessi venivano revocati senza alcuna formalità, ed anche tacitamente (*Paolo IV, 1, 9*).

7.° I fedecommessi non trasferivano mai, nessun diritto patrimoniale reale; davano soltanto un azione personale contro il fiduciario (*Paolo IV, 1 - 18*); i Legati invece se ordinati *per vindicationem* o *per præceptionem*, attribuivano un diritto patrimoniale reale; e se ordinati per *damnationem* o *sinendi modo*, attribuivano un credito, da farsi valere con azione *personale*.

§. 815. I Fedecommessi ed i Legati, a poco a poco si avvicinarono in molti punti, e quando la necessità delle formule venne a mancare, si può dire che le differenze che rimasero fra Fedecommessi e Legati, si riducessero a queste due:

a) che i Legati non potevano essere imposti se non se ad un erede testamentario; onde è che si ritenevano come fedecommessi se imposti ad altra persona.

b) Che nei Legati non si adoperavano *verba precativa*, come nei fedecommessi.

c) Che i Legati erano interpetrati strettamente, i fedecommessi più benignamente (*Ulp.* XXV, *1 - cost. 16 Cod. de fideicom. VI, 42*).- Ma Giustiniano tolse ogni differenza fra i Legati ed i Fedecommessi: *per omnia exequata sunt legata fidecommissis* (*fr. 1* §. *1 Dig. de legatis* XXX), attribuì loro uguali effetti giuridici, talchè ne derivò come dicono i Compilatori delle Istituzioni Imperiali: *ut nulla sit inter ea differentia, sed,* « *quod deest legatis hoc repleatur ex natura fideicommissa-* « *rum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fidei-* « *commissi natura* (*Istit.* §. 3 *de Legatis II*, 20 - *cost.* 2 *Cod. commun de leg VI, 43.*). Nonostante questa parificazione, rimase sempre la differenza: che il servo manomesso per legato, ha per patrono il defunto e la sua famiglia; mentre il servo che deve la manomissione ad un fedecommesso, ha per patrono il fiduciario che lo ha manomesso (*Vedi Vol. 1 Lib. 1* §. *94 lett.* B) *pag. 256 e 257*).

CAPITOLO III.

Dei Codicilli

Istit. Lib. II, Tit. 24 de Codicillis - Dig Lib. XXIX tit. 16 de jure Codicillorum - Cod Lib. IV, Tit 35. de Codicillis.

§. 816. Coi Fedecommessi hanno intima connessione i Codicilli; Fedecommesso e Codicillo, sono per così dire, due idee correlative: poichè i Fedecommessi sono la disposizione, i Codicilli, l' atto che la contiene. Di questo atto di ultima volontà è opportuno trattare adesso con qualche diffusione. -

§. 817. Per Codicillo si intende: *un atto meno solenne di ultima volontà, col quale si può fare qualunque disposizione a causa di morte, all' infuori della istituzione e sostituzione di un erede diretto, o della diseredazione.* - La voce *Codicillum* indicava certe tavolette, nelle quali i Romani scrivevano appunti o ricordi, destinati ad essere poi trascritti con miglior cura nei *Codices*, nelle *Chartæ*, nelle *Tabulæ*; queste tavolette erano adoperate eziandìo, per scrivere lettere confidenziali agli amici; onde *Codicilli* significò ancora lettere *Epistolæ* (*Cic. epist. VI, 12, e VI, 18 - Seneca Epist. 55 in f - fr. 41 Dig. de curat. XXVII, 1 - cost. 1 Cod. ut ommes judices I, 49*). L' uso dei codicilli, come atti di ultima volontà, si introdusse appunto sotto forma di lettera, scritta dal disponente all' erede. A Lucio Cornelio, Lentulo (Console l' anno 851 di Roma) si deve siffatta introduzione, insieme con quella dei fedecommessi. Essendo egli in Affrica « e riconoscendosi prossimo a morte, scrisse dei Codicilli confermati da Testamento, nei quali pregava Augusto per fedecommesso, ad eseguire « certi suoi voleri. Augusto avendo esaudita cosiffatta preghiera, altri lo imitarono, ed eseguirono anche essi ciò che per « Codicillo era stato alla loro fedecommesso; e la figlia di Lentulo rispettò dei Legati, che per rigore di gius non avrebbe « avuto obbligo di rispettare. Dicesi che Augusto convocasse

« uomini sapienti di quel tempo, fra i quali Trebazio Testa,
« il quale era allora autorevolissimo giureconsulto, e gli interrogasse se dovesse accogliersi questa innovazione, se insomma l'uso del codicillo discordasse coi principj giuridici, e
« che Trebazio consigliasse Augusto di favorire quest' uso, come utilissimo e necessario ai cittadini Romani, che nei loro
« lunghi viaggi, mentre avrebbero potuto trovarsi nell' impossibilità di fare un Testamento, avrebbero potuto nonostante
« fare almeno dei Codicilli. - In seguito Labeone stesso, avendo fatto dei Codicilli, niuno più dubitò che non fossero atti
« pienamente legali ». - Tale è l'origine dei Codicilli, narrataci dai Compilatori delle Istituzioni Imperiali, dei quali abbiamo fin quì riferito le parole precise, limitandoci a tradurle. - Nei Codicilli non potevano essere ordinati che dei *fedecommessi*, perchè per l'istituzione dell'Erede e per i Legati, il Diritto Civile antico esigeva un Testamento; egli è per questo che talora i Codicilli occorrono indicati col nome di ***Epistola fideicommissaria*** (*fr.* 37 §. 3 *Dig. de legatis* XXXII - *fr.* 89 *pr. Dig. de legatis XXXI*).

§. 818. I Codicilli si distinguono in *Codicilli ad testamentum facti*, e Codicilli *ab intestato facti* (*fr.* 8 *Dig. de jure Codicill.* XXIX, 7). I primi sono ordini lasciati dal testatore all' erede testamentario: i secondi sono ordini lasciati dal defunto all' erede legittimo. I Codicilli *ad testamentum facti*, possono essere *confirmati* nel Testamento, o *non confirmati*. E quella *conferma* può essere *in præteritum*, ed *in futurum*; in *præteritum*, se il testatore aveva prima del testamento fatto un Codicillo, e nel testamento lo conferma: *in futurum*, se il testatore nel fare il suo testamento, dichiara, che egli in seguito farà dei Codicilli, ed in anticipazione nel testare li conferma (*Istit.* §. 1 *h. t. II*, 25). La conferma potrebbe comprendere insieme Codicilli già fatti, e Codicilli da farsi, per esempio se il testatore, come ci insegna Celso, dicesse: *si quid tabulis, aliove quo genere, ad hoc testamentum pertinens relinquere, ita valere volo* (*fr.* 18 *Dig. de jure Codicill.* XXIX, 7). I Codicilli fatti *ad testamentum*, collegandosi col testamento, perchè ordini diretti all' erede testamentario, si considerano come un

accessorio del testamento, e quasi parte del medesimo, tanto che tutto quello che essi contengono, si considera come scritto nel testamento (*ut quæcumque in his scriberentur perinde haberentur ac si in testamento scripta essent*) : ripetendo la loro forza dal testamento (*vires ex eo capiunt*) ; ne seguitano la sorte (*jus sequuntur ejus*), sussistono seco, e con lui rimangono invalidati (*fr.* 2 §.2 *fr.* 3 §. 2 *fr.* 8 *pr. fr.* 14 *fr.* 16 *Dig. de jure Codicill. XXIX,* 7). - In diritto antico, diverso era l' ufficio dei Codicilli *confirmati* nel Testamento, da quello dei *non confirmati*. I *confirmati* potevano contenere non soltanto dei Fedecommessi, bensì ancora dei Legati, delle revoche di Legati, delle manomissioni dirette, delle nomine di Tutore; i Codicilli non confermati potevano contenere soltanto dei fedecommessi (*Paolo III,* 6, 92 - *fr.* 43 *Dig. de manum. testam. XL,* 4 - *fr.* 3 *pr. Dig. de testam. tut. XXVII* 2 - *Paolo IV,* 1, 10 - *Gajo II,* 273). Papiniano opinava, che i Codicilli *anteriori* al testamento, fossero annullati dal medesimo, se questo non gli confermava esplicitamente (*Istit.* §. 1 *h. II, t.* 25 - *fr.* 5 *Dig. eod.*), ma un Rescritto degli Imperatori Severo ed Antonino, ricordato nelle Istituzioni Imperiali (*loco citato*); stabilì al contrario, che i Codicilli fatti precedentemente al testamento, avessero efficacia, comunque non confermati espressamente nel medesimo. Tuttavìa addimandasi, che per qualche indizio, possa argomentarsi il Testatore non aver mutato volontà (*fr.* 5 *Dig h. t.)*. Sparita nel Diritto Giustinianeo la diferenza fra Legati e Fedecommessi, non havvi più interesse (fuori che nei casi di nomina di tutore, e di manomissione di servi) a constatare se una disposizione vale come legato o come fedecommesso: e per conseguenza la distinzione fra Codicilli confermati, e non confermati nel testamento, è divenuta quasi oziosa. - I Codicilli fatti *ab intestato* hanno un esistenza indipendente e principale, sono validi o invalidi per ragioni loro proprie (*fr.* 3 *pr. fr.* 8 §. 1 *fr* 16 *Dig. h. t.*). In antico non potevano contenere se non che dei Fedecommessi, il Diritto Civile vietando che all' erede *ab intestato* si imponesse un legato (*Cajo II,* 270), avvegnachè un legato presupponesse un erede testamentario: in Gius

Nuovo i legati contenuti nei Codicilli, varrebbero come Fedecommessi.

§. 819. In Antico nessuna formalità era richiesta per i Codicilli, (*Istit.* §. 3 *h. t. II, 25*), ma dopo Costantino se ne addimandarono tante quante pei Testamenti (*cost. 1 Cod. Theod. de testam. IV, 4*); dopo Teodosio II. in minor numero (*cost 7 Cod. Theod. de testam. IV, 4 - cost. 8* §. *3 Cod. Just. de testam. VI, 36*), onde è che il Codicillo fu detto atto *meno solenne di ultima volontà*. Dal bisogno di queste formalità derivò la distinzione fra *Codicilli Pubblici* e Privati, distinzione corrispondente a quella analoga dei Testamenti (*Vedi sopra* §. *607 pag. 377.*). E *Pubblici* si dissero quelli posti sotto la tutela e protezione della pubblica autorità, consegnandoli p. e. al Principe, o facendoli verbalmente dinanzi al Magistrato, che ne redige un protocollo, depositato poi nel pubblico Archivio. *Privati* gli altri. I Privati si suddistinsero in *Nuncupativi e Scritti*. La voce Codicillo, stando, al suo significato etimologico, ingenera l' idea della scrittura, e sembra inconciliabile con la *Nuncupatio*; ma introdottosi l' uso di accordare efficacia ai Codicilli, scritti, si riconobbe logico accordare validità anche ai *Nuncupativi*, manifestando questi come quelli in ugual modo la volontà del defunto.

§. 820. I Codicilli *Pubblici* non abbisognano di nessuna formalità, appunto come non ne abbisognano i Testamenti Pubblici. I Codicilli *Privati*, sieno *Scritti* o *Nuncupativi* richiedono:

a) cinque testimonj idonei, poco importa che sieno *rogati* o trovatisi uniti per caso (*cost. 8 Cod. de Codicillis VI, 36*).

b) la contestualità (*cit. cost.* 8.). I Codicilli Scritti richiedono di più la *firma dei testimonj*, ma non l' apposizione del loro sigillo (*cit. cost. 8* §. *3*). Intorno alla firma del Codicillante, valgono le stesse regole esposte nel trattare dei Testamenti scritti (*Vedi sopra* §. 610. *pag. 379.*). Il Boemero opinò, che come i Romani avevano dei Testamenti Privilegiati, così avessero dei Codicilli Privilegiati, ma ciò non è dimostrato. Del resto, nel Diritto Giustinianeo, le forme dei Codicilli perderono molta della loro importanza, almeno per riguardo all' ordinamento dei Legati e dei Fedecommessi, dopo che Giustiniano

con una sua Costituzione ebbe stabilito: che un fedecommesso fatto verbalmente o per lettera, ma senza nessuna formalità, sarebbe stato valido, se l'Erede cui il fedecommessario poteva deferire il giuramento, ricusava di giurare di non avere avuto quella commissione *(Istit.* §. *12 de fideicom. hered. II, 25 - cost. 32 Cod. de fideicom. VI, 42)*, la quale Costituzione vale anche per i Legati, dopo che questi sono parificati ai Fedecommessi.

§. 821. Soltanto una persona capace di fare un Testamento, può fare un Codicillo (*fr. 6* §. 3 *fr. 8* §. 2 *Dig. de jure Codicill.* XXIX, 7). Essa non ha facoltà nel Codicillo di istituire un erede, nè di sostituire ad un erede, o di diseredare, e neppure di apporre nel Codicillo una condizione all' istituzione dell'Erede, fatta nel Testamento (*Istit.* §. *2 h. t. II*, 25 - *Gajo II, 273 - fr.* 2 §. *4 fr* 6 *Dig. de jure codicill.* XXIX, 7). Ma è lecito al Testatore di indicare nel Codicillo il nome dell' Erede, istituito nel Testamento, o di assegnare nel Codicillo all'Erede istituito nel Testamento, la quota di eredità in cui lo vuole istituire. Esempigrazia è lecito al Testatore, dire nel suo Testamento: *Istituisco mio erede la persona che io nominerò nel mio Codicillo*, come pure ha facoltà di dire: *Istituisco Tizio mio erede, per quella quota che io stabilirò nel mio Codicillo* (*fr.* 36 *fr.* 77 *Dig. de hered. instit.* XXVIII, 5). Nel Codicillo lice validamente ordinare la restituzione fedecommissaria di tutta l'eredità, o di una quota parte della medesima (*Gajo II*, 273 - *Istit.* §. *2 de Codicill. II*, *25 - fr.* 2 §. *4 de jure Codicill.* XXIX, 7). Il principio che non può imporsi un legato in un Codicillo non confermato da Testamento, o in un Codicille *ab intestato*, ha perduto ogni effetto pratico, dopo la parificazione dei Legati ai Fedecommessi. La manomissione di un Servo per Codicillo è possibile, ma vale come fedecommesso (Vedi Vol I. Lib. 1 §. 94 lett. A pag. 236). Il Tutore nominato in un Codicillo non confermato o *ab intestato*, non sarebbe un vero e proprio Tutore Testamentario, ma con la conferma del Magistrato potrebbe esercitare l' ufficio (*Vedi Vol. I, Lib. I,* §. *206. pag. 336, 337*). È lecito fare più Codicilli, e tutti valgono e coesistono giuridicamente, senza che il posteriore revochi

l' anteriore. Questa revoca si verificherebbe soltanto quando, o il Testatore avesse dichiarato essere sua volontà che essa si verificasse, o quando le disposizioni del Codicillo posteriore, fossero inconciliabili con quelle dell'anteriore (*cost.* 3 *Cod. de Codicillis VI*, 36).

§. 822. Mentre i Testamenti ed i Codicilli sono ambedue atti di ultima volontà, hanno per altro differenze notevoli fra loro: Ed in vero:

a) Prescindendo dalla tanto maggiore antichità del Testamento, è da osservare innanzi tratto, che mentre niuno può morire con più Testamenti tutti ugualmente validi, più Codicilli lasciati da un medesimo disponente, (l'abbiamo ora detto) possono valere. Questa differenza non deve sorprendere. Imperocchè i Codicilli sono destinati soltanto a conferire dei diritti sopra delle cose singole; e se nell' Eredità ne esistono più, è lecito ed è possibile con un Codicillo disporre di alcune, con un Codicillo diverso disporre di altre; ma non così procede la bisogna nel Testamento, perchè col Testamento dal Testatore disponendosi del suo *universum jus*, in altri termini, di tutto il suo patrimonio, di tutti i suoi averi, dopo un testamento non rimane objetto possibile per un. secondo.

b) Il Testamento è inteso all' istituzione di uno o più gradi di eredi *diretti*; senza tale istituzione il Testamento manca; tale istituzione non può essere fatta per Codicillo. Se vi fosse scritta, si interpreterebbe come un Fedecommesso, supponendo che il disponente avesse sbagliato nelle parole.

c) Il Testamento richiede *sette* testimonj, al Codicillo ne bastano *cinque*.

d) Il Testamento esclude la successione *ab intestato*, il Codicillo è compatibile con la medesima.

§. 823. I Commentatori del Diritto Romano chiamano *Clausula Codicillare*, quella clausula con la quale il Testatore dichiara: che se il suo Testamento non potrà valere come Testamento, valga almeno come Codicillo : « hoc testamentum volo esse « ratum quacumque ratione poterit - ea omnia fieri volo etiam « ab intestato - volo hoc etiam vice codicillorum valere - ut « vice etiam codicillorum scriptura debeat obtinere (*fr.* 29 *Dig.*

qui testam. fac. poss. XXVIII, 1 - fr. 13 Dig. de inoff. testam V, 2 - fr. 3 Dig. de testam. milit. XXIX, 1 - cost. 8 Cod. d Codicillis VI, 36). Questa Clausula non si sottintende mai ne Testamenti dei Pagani (*fr. 41 §. 3 Dig. de vulg. et pup. substit XXVIII, 6 - fr. 1 Dig. de jure codicill. XXIX, 7 - cost. 8 Cod. de codicill. VI, 36*) ; si sottintende nei Testamenti Militar (*fr. 5 Dig. de test. milit. XXIX, 1*). È superfluo aggiungerla quando tutte le solennità volute dalla legge per la validità de Testamento, sono state in esso osservate. Non ha effetto alcuno se non furono osservate neppure le formalità necessarie ad un Codicillo , o se il disponente è incapace a fare qualunque atto di ultima volontà, o si mostra, con le sue disposizioni *inofficioso*, quasi alienato di mente (*fr. 13 Dig. de inoff. testam. V, 2 - fr. 2 e 36 Dig de Legatis XXXII.*), o se le sue disposizioni sono viziate da errore dolo, timore, violenza (Vedi sopra §. 691 pag. 444 e 445). La Clausula Codicillare giova dunque, se il Testamento è invalido, perchè manca l' istituzione dell' erede, o perchè l' istituito non vuole o non può acquistare la eredità, o perchè il Testamento manca delle forme esterne prescritte dalla legge. Ed in vero in tutti questi casi, la eredità si deferisce agli eredi legittimi, ed essi devono eseguire la volontà del Testatore come fedecommesso (*fr. 2 §. 4 Dig. de jure codicill.* XXIX, *7 - cost. 29 Cod. comm. de legat. et fidecom.* VI, *42 - cost. 8 §. 1 e 2 Cod. de Codicillis VI, 36*). Nel caso che esista un Testamento, cui sia stata apposta la Clausula Codicillare, ed il quale non possa valere come Testamento, sibbene qual Codicillo: se per avventura il Testatore stesso aveva fatto anteriormente un altro Testamento valido, l' eredità è deferita all' erede istituito in questo valido testamento anteriore, come ad erede diretto, (*Istit. 7 quib. mod. testam infirm. II, 17 - fr. 2 Dig. de injusto rupto. XXVIII 2.*) , ma per le leggi Romane costui è obbligato a restituire l' eredità qual fedecommesso, alla persona istituita nel testamento posteriore, in cui si legge la Clausula Codicillare. Allorquando un Testamento è munito della Clausula Codicillare, l' erede istituito ha la scelta di riconoscerlo e farlo valere, o come Testamento o come Codicillo, ma scelto che egli abbia non gli è più lecito pentirsi. Tuttavolta gli ascen-

denti istituiti nel Testamento, i discendenti agnati del defunto finoal 4.° grado, e i discendenti cognati fino al 3.°, i quali hanno sostenuto la validità dell' atto come Testamento, senza effetto, possono poi far valere l' atto stesso come Codicillo. Ma se da primo hanno sostenuto la validità di quell' atto come Codicillo, non possono in seguito pretendere di farlo valere come Testamento (*cost.* 8 *pr.* §. *1 e* 2 *Cod. de Codicill. VI*, 36). (a)

(a) La Legge del 15 Novembre 1814 al Tit. 8, regola presso di noi la presente materia. Questa legge dispone: Il Codicillo può farsi tanto da chi abbia già fatto o voglia fare poi il Testamento, quanto da chi voglia morire *ab intestato* (*art.* 1). Ancorchè il Codicillo preceda il Testamento, non vi è bisogno che sia confermato nel Testamento posteriore (*art.* 3). Se il Testamento fatto prima del Codicillo sarà nullo, il Codicillo posteriore che non abbia da esso alcuna dipendenza, sussiste ed è valido (*art.* 4). Il Codicillo non può essere se non che olografo o pubblico (*art.* 4). Il Codicillo olografo esige a pena di nullità quelle stesse solennità e forme, che sono richieste nel Testamento olografo, e si pubblica nello stesso modo (*art.* 5) Il Codicillo pubblico deve esser fatto in presenza di un notaro e di *tre testimonj*. Il Notaro deve ridurre in scritto immediatamente e senza intervallo di tempo alla presenza del Codicillante e dei testimonj suddetti, tutto ciò che ha detto e disposto il Codicillante, e farà ad essi lettura di ciò che avrà scritto; e contestualmente non tanto il Codicillante quanto il Notaro dovranno apporre la propria firma, presenti sempre i tre testimonj (*art.* 6). Se il Codicillante dichiara che non sa o non può firmare, deve dal Notaro esser fatta menzione espressa di questa sua dichiarazione, non meno che della causa la quale gli impedisce di firmare, ed invece del Codicillante, deve apporre nel Codicillo la sua firma uno dei tre testimoni presenti all' atto (*art.* 7). Nel caso che il Codicillante sia cieco, è necessario l' intervento del quarto testimone, e la firma di due dei testimoni intervenuti (*art.* 8). L' omissione di qualunque delle solennità indicate nei tre sopra espressi articoli, importa la nullità del Codicillo (*art.* 9). Non possono essere testimoni nel Codicillo pubblico, quelli che non possono esserlo nel Testamento Nuncupativo (*art* 10). Non si può nel Codicillo nè dare nè trasferire in altri l' eredità, nè variare o togliere, nè aggiungere all' erede istituito nel Testamento delle condizioni che interessino la di lui istituzione: si può bensì col Codicillo revocare la istituzione già fatta (*art.* 11). Si possono pure nel Codicillo dichiarare le disposizioni ambiguamente e meno chiaramente espresse nel Testamento, e si possono fare dei Legati (*art.* 12). Si possono fare più e diversi Codicilli, ciascuno dei quali ha la sua validità e sussistenza, qualora il Codicillante non abbia dichiarato espressamente di volere col posteriore revocare l' anteriore (*art.* 13). Se però i più e diversi Codicilli saranno contrarj fra loro, le disposizioni contenute nel posteriore avranno la loro sussistenza, e quelle incompatibili contenute nel Codicillo anteriore si intenderanno revocate, ancora quando il Codicillante non lo abbia espressamente dichiarato (*art.* 14). È proibito di apporre nel Testamento la clausula Codicillare, preordinata a sostenere con mezzo indiretto l' istituzione in erede, e qualora vi si legga apposta, si avrà per non scritta, e non produrrà di per se alcuno effetto (*art.* 15). Ma se il Testatore avrà espressa-

CAPITOLO IV.

Teoria dei Legati e dei Fedecommessi a titolo Singolare

§. 824. Per esporre convenientemente le regole che governano i Legati ed i Fedecommessi a titolo singolare, dopo la loro parificazione, operata da Giustiniano, è necessario dichiarare:

I. Quali Persone intervengano in un Legato.
II. Quali Cose sieno obietto possibile di Legato.
III. Quali sieno le Modalità dei Legati.
IV. Come i Legati si acquistino
V. Come si regoli il Gius Accrescendi nei Legati.
VI. Qual sia il disposto della *Legge Aquilia* sui Legati.
VII. Quali sieno le cause di invalidità dei Legati.
VIII. Quali azioni spettino ai Legatarj.

I. *PERSONE CHE INTERVENGONO IN UN LEGATO*

§. 825. *(a)* Chiunque gode della capacità di testare, gode eziandìo della capacità di lasciare legati (*fr. 2 fr. 114 pr. §. 1 Dig de Legatis XXX*).

(b) Chiunque è capace di essere istituito erede, è capace ancora di essere onorato di un legato (*Istit. §. 24 de legatis II, 20*). Legato inutile era quello lasciato al servo dell'erede: perchè il servo acquistando pel padrone, l'ordinare all'erede di pagare al servo suo un legato, equivaleva all'ordinargli di pagarlo a se stesso (*fr. 116 Dig. de legatis*), lochè sarebbe assurda cosa. - Ma se è inutile il legato fatto a favore dell'*heres solus*, tale non è il legato di antiparte, o prelegato (*prælegatum*) fatto a favore di uno fra più coeredi. Quello fra i

mente dichiarato, che qualora il Testamento non valesse per qualunque causa in quanto all'istituzione dell'Erede, vuole che vaglia quanto ai legati e alle altre disposizioni; in tal caso la volontà del Testatore sarà eseguibile, qualora nel Testamento sieno intervenute tutte le solennità che sono richieste per la validità del Codicillo (*art. 16*).

coeredi onorato di tal Prelegato, ha diritto di prelevarlo dall'eredità, talchè come legatario acquista soltanto quella parte del legato stesso, che posa a carico degli altri coeredi, in proporzione della loro quota; l'altra parte che egli come erede dovrebbe pagare a se stesso, la acquista come erede (*fr. 76 §. 1 fr. 91 Dig. ad leg. falcid. XXXV, 2 - fr. 18 §. 5 Dig. ad S.C. Trebell. XXXVI, 1 - fr. 34 §. 12 Dig. de legatis XXX*). I più coeredi istituiti a parti disuguali, acquistano la cosa lasciata loro senza designazione di parti, non già in proporzione della respettiva loro quota ereditaria, bensì a parti uguali (*fr. 67 §. 1 Dig de Legatis XXX.*)

(c) Chiunque acquista qualche cosa della eredità di un defunto, può (dopo la parificazione fra Legati e Fedecommessi a titolo singolare), essere onerato della prestazione di un Legato (*fr. 92 §. 2 Dig. de legatis XXX - fr. 1 § 6 Dig. de legatis XXXII, - cost. 9 Cod de fidecom. VI, 42*); per mezzo di lui può legarsi, egli è persona, per usare la locuzione testuale, *a quo legari possit*. Tuttavolta niuno può essere onerato della prestazione di un legato, che superi in valore quanto costui acquistò dalla eredità di chi gli ha imposto quel legato: *Neminem oportere plus legati nomine prestare, quam ad eum ex hereditate pervenit* (*fr. 1 §. 17 Dig. ad S.C. Trebell. XXXVI, 1 - fr. 114 §. 3 e 4 Dig. de legatis XXX - fr. 70 §. 2 Dig. de legatis XXXI*). - Quando il defunto non stabilì chi debba prestare il Legato, tutti gli eredi sono obbligati a prestarlo, in proporzione delle loro quote ereditarie (*fr. 33 Dig. de Legatis XXX - cost. 2. Cod. de hered. act. IV, 16*).

II. *COSE OBIETTO POSSIBILE DI LEGATO*

§. 826 Obietto di Legato può essere: *qualunque cosa in commercio, esistente o che possa esistere in futuro, purchè utile al legatario*. *Qualunque cosa*: dunque tanto una cosa corporale, quanto una incorporale, determinata tanto in genere, quanto in specie, come pure una quantità o una università di cose. - Purchè *sia in commercio*: laonde non le cose sacre, religiose, sante, comuni, pubbliche, (*fr. 49 §. 2 e 3 Dig. de

legatis XXXI), - *Purchè esista o almeno possa esistere in futuro*: per conseguenza le cose, che più non sono in natura, o che non vi furono, nè saranno mai: non possono essere objetto di un legato serio. - Sul Legato di cose, che se non esistono, almeno potranno esistere in futuro, è da fare qualche osservazione. Suppongasi che un testatore abbia lasciato in legato: 100 anfore di vino, da prendersi dalla futura raccolta del suo fondo Corneliano, e che la raccolta del vino manchi; dovrannosi prestare le 100 anfore di vino? Risponde *negativamente* il *fr.* 5 *Dig, de tritico, vino, vel oleo legato* (*XXXIII*, 6). Ma se il Testatore avesse legato una determinata quantità di vino, senza stabilire il fondo dal quale dovesse essere preso, il legato dovrebbe essere prestato, quand' anche nell' eredità non esistesse vino (*fr.* 3 *Dig. de tritico, vino XXXIII 6*). - Il Legato di una somma di danaro deve essere pagato, tanto se nell' eredità si trovano contanti, quanto se non vi se ne trovano (*fr.* 12 *Dig. de legatis* XXXI). Il Legato di cosa, che è nel dominio assoluto, esclusivo, ed irrevocabile del Legatario, è nullo: giusta la regola *res mea, plus quam semel mea esse non potest* (*Istit. I.* 10 *de Legatis II*, 20); ma se il Legatario aveva sulla cosa legatagli, un dominio, limitato per esempio da una servitù personale di usufrutto, allora si intenderebbe, che il Testatore gli avesse legato quello che a lui legatario mancava, a rendere il suo dominio illimitato e pieno; e se il testatore avesse avuto dei diritti o delle pretensioni sulla cosa del legatario, si intenderebbe che col legargliela, gli avesse legato quei diritti e pretensioni, e così vi avesse rinunziato (*fr.* 71 §. 5 *fr.* 86 *pr.* §. 4 *Dig. de legatis* XXX). La validità del legato, per ragione della cosa legata, si giudica secondo le condizioni che essa aveva nell' epoca del Testamento. Il legato *inutile* nel suo principio, per la *inidoneità della cosa*, in quel tempo, non può in seguito divenire valido per mutata condizione della cosa stessa, giusta la regola Catoniana: riferita da Celso nel (*fr.* 1 *Dig. de regola Catoniana* (XXXIV 7), nei termini seguenti: *quod si testamenti facti tempore, decessisset testator, inutile foret id legatum, quandocunque decesserit, non valere*, e da Paolo generalizzata con le espressioni:

quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere (fr. 29 Dig, de reg. juris L, 17). Ma sarebbe lecito mettere in condizione la idoneità della cosa; potrebbe esempigrazia, il testatore dire: *Lego a Tizio, la casa di sua proprietà, pel caso che all' epoca della mia morte non fosse più sua*; l' erede sarebbe allora obbligato, verificandosi la condizione, a ricomprare la casa, e consegnarla a Tizio; o ciò non venendogli fatto, sarebbe obbligato a pagargliene il valore; perchè la regola Catoniana non è applicabile ai Legati condizionati (*fr. 42 §. 2 Dig. de legatis XXX - fr. 3 fr. 4 Dig. de reg. Caton. XXXIV, 7*). - È possibile che il testatore leghi, oltre cose proprie, ancora cose altrui. - Se lega una cosa altrui *sapendo* questa qualità della cosa, si intende che abbia voluto imporre all' erede l' obbligo, di comprarla, e di farla avere al legatario, e nell' impossibilità di fare questo, si intende gli abbia imposto l' obbligo di pagare al legatario il prezzo di quella cosa, a ragione di stima (*Istit. §; 4 de legatis II, 20 - fr. 14 §. 2 fr. 30 §: 6 Dig. de legatis* XXX*II*,). Ma se il testatore legò la cosa altrui, *credendola per errore propria*, il legato è nullo: perchè allora si presume, che se il testatore avesse saputo tal cosa non essere sua, non l' avrebbe legata: presunzione che non potrebbe aver luogo, se il legatario fosse un prossimo congiunto, cui il testatore avrebbe certamente voluto legare qualche cosa (*cost, 10 Cod. de legatis VI. 37*). Per altro, il legatario il quale sostiene che il testatore legando una cosa altrui, sapeva che era altrui, deve provarlo: e non stà già all' erede il provare che ignorava essere altrui; avveguachè l' onere della prova incomba sempre all' attore (*Paolo IV, 1, 8 - cost. 10, Cod. de legatis VI, 37 - fr. 21 Dig. de Probat. XXII*, 3). - Supposto che il legatario, all' epoca in cui dovrebbe acquistare la cosa legatagli, nè avesse già acquistata la proprietà, è da distinguere se fece quell' acquisto a titolo *lucrativo*, o a titolo *oneroso*: se a titolo oneroso, ha diritto, che l' erede lo rimborsi di quanto spese per acquistarla; se a titolo lucrativo il legato è inutile:(*fr, 34 §. 7 Dig. de legatis* XXX, - *fr. 21 §. 1 Dig. de legatis* XXXII) perchè *duæ causæ lucrativæ in eamdem rem, eamdemque personam concurrere non possunt* (*Istit. §. 6. de*

legatis II, 20 - fr. 17 Dig. de oblig. et act. XLIV, 7). - Se dunque la cosa stessa, è stata lasciata allo stesso legatario, in due testamenti, bisogna distinguere, se egli acquistò prima la cosa, ovvero prima la stima o prezzo della medesima; se ebbe prima la cosa, non può poi chiedere la stima, perchè la cosa l' ha avuta per causa lucrativa; se ebbe prima la stima, può agire, per avere la cosa, perchè per avere ricevuto la stima non ha effettivamente avuto la cosa *(Istit §. 6 de legatis II, 20 - fr. 108 §. 4 de legatis* XXX). - È valido il legato della cosa oppignorata, e l' erede è obbligato per regola, a redimere il pegno, se il testatore conosceva che era impegnata, ammenochè dai termini del legato, o da altre prove non apparisse, che il testatore volle addossare al legatario l' onere di quella redenzione *(fr. 57 Dig. de legatis* XXX - *Paolo III*, 6, 8 - *Istit.* §. *5 de legatis. II*, 20). - Supposto che il testatore, dopo avere lasciata una cosa in legato, l' avesse alienata, è da distinguere se l' alienò per bisogno (come per pagare dei debiti urgenti), o senza bisogno : Se per bisogno, l' erede è obbligato a prestarla od a prestarne la stima al legatario; se senza bisogno, si presume che con quella alienazione il testatore abbia voluto revocare il legato *(Istit.* §. *12 de legatis II, 20 - fr. 11* §. *12 Dig. de legatis* XXXII - *fr. 13 Dig. de adim. vel transf leg.* XXXIV, *4 - Gajo III*, 198) .

§. 827. Abbiamo detto, che possono essere legate, tanto delle *cose corporali*, quanto delle *cose incorporali*, come sarebbero un diritto di usufrutto o d' uso, ed in generale di qualunque servitù personale o reale; un diritto di pegno, d' enfiteusi ec. Fra i Legati di cose incorporali , meritano speciale menzione i seguenti :

a) Il Legatum Nominis, ossia il Legato di un *Credito*. Si verifica questo legato, quando il testatore lascia a qualcheduno un credito che egli ha, o che il suo erede ha verso un terzo. Alla validità di siffatto legato si addimanda, che il Credito esistesse nel tempo in cui fu legato , e che non sia stato estinto prima della morte del testatore *(fr 75 §. 1 e 2 Dig. de legatis.* XXX - *fr. 21 pr. §. 1 e Dig de liberat. leg.* XXXIV, *3 - Istit. §. 21 de Legatis II, 20*) . L' erede era obbligato

a cedere al legatario del credito, le azioni per esigerlo (*Istit.* §. *21 de legatis II*, *20 - fr. 44* §. *4 fr. 75* §. *2 Dig. de legatis* XXX,), ma anche senza cessione potè poi, sperimentarle come azioni *utiles* (*cost. 18 Cod. de legat. VI*, *57*). Supposto che il credito Legato non fosse pagato dal debitore , l' erede non sarebbe obbligato a pagarlo, perchè l' erede non è obbligato a garantire nè la solventezza del debitore, nè l' esistenza del credito (*fr. 105 fr. 39* §. 5 *fr. 75* §. 2 *Dig. de legatis* XXX, - *fr. 10 Dig. de liberat. leg* XXXV, *3*).

b) Legatum Liberationis. Così chiamasi il Legato, pel quale un Debitore (*legatario*), viene liberato da un debito, che egli ha col defunto, o con l'erede, o con un terzo (*fr. 8 pr. Dig. de liberatione legata* XXXIV, *3 - Istit.* §. *15 de Legatis II*, *20*). Pel sistema Romano, relativo alla estinzione delle obbligazioni, il Legato non era un mezzo di estinguerle ; laonde il debitore dell' Erede o del Testatore, nonostante il legato della liberazione, sarebbe rimasto sempre debitore; e l' erede avrebbe potuto sperimentare contro di lui le sue azioni; se non che il legatario avrebbe potuto respingerlo con l' *exceptio doli*; ed inoltre il legatario con *l' actio ex testamento*, avrebbe potuto costringere l' erede a liberarlo, in uno dei modi di estinzione delle obbligazioni, riconosciuti dal Diritto Civile (*fr. 7* §. 8 *Dig. de doli mali except* XLIV, *4 - fr. 5* §. *5 fr. 15 Dig. de liberat. leg.* XXXIV, 3 - *Istit.* §. *15 de legatis II*, *20*). Qualora il Legatario avesse avuto per Creditore, non già il defunto, o l' erede, ma un terzo estraneo, detto Legatario avrebbe potuto con un azione personale, costringere l' erede a pagare quel creditore, e così liberarlo (*fr. 5* §. *2. 3*, *fr. 4 Dig*; *de liberat. leg.* XXXIV, *3*); in tal caso effettivamente sarebbero esistiti due legatarj, giacchè come legatario si sarebbe potuto considerare anche il terzo, il quale per volontà del Testatore, si sarebbe trovato ad avere un Debitore di più, nella persona dell' erede, e così due debitori, il primitivo e di più l' erede (*fr.* 3 *in fine Dig. de liberat. leg.* XXXIV, *3*). Ove alla morte del Testatore, il debito di cui fu legata la liberazione più non esistesse, il legato sarebbe senza effetto (*fr.* 26 §. 7 *Dig. de condict. indeb.* XII, *6 - fr.* 7, §. 4 *5*, *7*, *fr. 21*, *Dig. de liberat. leg.* XXXIV, 5);

ma se il debito di cui fu legata la liberazione, fosse stato un debito del Legatario verso il Testatore, e questi, prima di morire l'avesse esatto: bisognerebbe distinguere, se il Testatore fece quella esazione per suo bisogno o senza; nel primo caso il legato varrebbe, nel secondo si riterrebbe invalidato per mutazione di volontà del Testatore (*fr. 11* §. *12, 13, Dig. de Legatis* XXXII.). Come può ordinarsi per legato la liberazione del debito, così può ordinarsi la temporaria o vitalizia dilazione nello esigerlo. Il debitore allora, non può essere obbligato a pagare durante tutto il tempo della dilazione, e respinge con l'*exceptio doli* l'erede che lo escutesse durante quel tempo (*fr.* 8 §. 3, *4 fr. 20 Dig. de liberat. leg.* XXXIV, *3*). Qualunque debito, sia naturale, sia civile, può essere objetto del Legato di liberazione. Tanto si stima tal legato, quanta è l' utilità che risente il legatario per la liberazione (*fr.* 8 §. *ult. fr.* 16, 17, 18 *Dig. de liberat. leg.* XXXIV, 3). Il legato della liberazione da un debito, si intende esteso anche alle usure (*fr. 28* §. *6 Dig. eod.*) Il legato della liberazione da tutti i debiti, comprende tutti quei debiti, che esistevano all'epoca del Testamento, non i posteriori; ammenochè il Testatore non abbia adoperato parole, che si estendano anche a questi (*fr. 28* §. *2 Dig. eod.*). La liberazione da un debito può venire legata anche tacitamente; esempigrazia legando al proprio debitore il chirografo, che è il documento probatorio del credito. (*fr. 3* §. *2 Dig. de liberat. leg.* XXXIV, 3.)

c) ***Legatum debiti***. Il Debitore, che lascia per legato al suo creditore, ciò di cui gli va debitore, arreca ordinariamente un vantaggio al creditore medesimo; ed invero, rimuove le eccezioni che il Debito poteva patire, dispensa il creditore dalla prova del suo credito, rende puro ed esigibile subito, il credito che fosse stato condizionale o a tempo, conferisce un diritto di ipoteca a garanzìa di un credito puramente chirografario: laonde questo legato, come vantaggioso al Legatario, è per lo più valido (*Istit.* §. *14 de legatis II*, 20 - *fr.* 1 § *10 Dig. ad leg. Falcid.* XXXV, *2 - fr 29 Dig. de Legatis* XXX.). Ma sarebbe nullo, come dicono le Istituzioni Imperiali, ***si nihil plus est in legato quam in debito, quia nihil amplius habet per le-***

gatum (*Istit.* §. *14 loco. cit.*) ; ed invero allora non sarebbe più una *liberalitá*, e per conseguenza non un legato (Vedi sopra §. 808 pag. 526). Ove il Testatore legando un debito non esistente, venisse a confessarsi debitore senza esserlo, si riterrebbe, che avesse voluto fare una liberalità alla persona, che qualificò come suo creditore; lo stesso si dica se si confessasse debitore di una somma maggiore, di quella dovuta. Il legato del debito tanto si stima, quanto il Legatario migliora le condizioni del suo Creditore (*fr. 13, 14, 25, 28 Dig. de liberat. leg.* XXXIV, 3).

d) Un legato molto analogo al legato del Debito, è il *Prelegato della Dote.* Il Prelegato della Dote esiste, quando il marito lega alla moglie tutto quanto essa gli portò in dote (*fr. 1* §. *12 fr.* 3 *fr.* 17 *pr. Dig. de dote prælegata* XXXIII, *4*) ; ha analogìa col legato del Debito, perchè il marito lega così quello, che egli sarebbe in debito di restituire, all'epoca dello scioglimento del Matrimonio. Tal prelegato della Dote è valido, avvegnachè riesca utile alla moglie; infatti mentre il marito, o i suoi eredi avrebbero un anno di tempo per restituire le cose mobili dotali (*Vedi sopra* §. *429. pag.* 220) e potrebbero esercitare *l' jus retentionis*, *l' jus tollendi*, o esercitare azioni per farsi rimborsare delle spese fatte per la medesima (*Vedi sopra* §. 428 *pag. 219)* in forza del prelegato della Dote, dovrebbero restituirla *subito*, e senza esercitare azioni per le spese utili e voluttuose (*Istit.* §. *1*5 *de legatis II. 20 - cost. un. fr. 1* §. *2 fr. 5 Dig. de dote prelegata* XXXIII, *4*). La Moglie è per tal prelegato dispensata dal provare, che ha portato una Dote, e dal provare l' ammontare della medesima, quando il marito abbia espresso in una *somma certa* la Dote ricevuta, e da lui prelegata alla moglie. A mo' di esempio se il marito avesse detto: *A mia moglie*, *a titolo di prelegato*, *lascio gli Scudi mille, che mi ha portato in Dote,* la Moglie potrebbe esigere dagli Eredi del Marito quella somma, e costoro non sarebbero ammessi a provare che Essa non portò dote, o che la portò in una somma minore (*Istit.* § *15 de legatis - fr.* 1 §. *7, e 8 - fr.* 6 *pr. e* §. 1 *Dig. de dote prælegata* XXXIII, *4*). Ma se il Marito non avesse espresso la somma, la Moglie potrebbe

esigere soltanto quella somma, che Ella effettivamente avesse portato in dote (*fr.* 1 §. 7 *Dig. eod.*). Da questo prelegato della Dote sono cosa assai diversa, *a*) il *Legatum Dotis*, che la moglie lasciasse al marito, e che avrebbe per effetto di liberare il marito dall'obbligo di restituire la Dote: (*fr.* 11 *Dig. eod*) *b*) il *Legatum dotis exigendæ*, cioè quel Legato pel quale venisse trasferito ad un terzo il Diritto sulla Dote, legato analogo a quello di un credito (*fr.* 1 §. 10 *fr.* 7 *pr. Dig. eod*) *c*) il *Legatum dotis constituendæ*, vale a dire il legato fatto a donna nubile, perchè lo porti in dote al futuro marito (*fr.* 71 §. 3 *Dig. eod.*).

§. 828. Fu osservato, che objetto di Legato può essere una cosa determinata tanto in specie, quanto in genere, ed ancora una quantità od una università di cose (Vedi sopra §. 826. pag. 545). É prezzo dell'opera dichiarare alcune regole relative ai legati, in questi casi diversi:

a) *Legatum speciei et generis.* - Legato di *specie* esiste, quando la cosa objetto del legato è individualmente determinata, come se il testatore legasse il suo cavallo sauro. Legato di genere è invece il legato di un objetto, indicato per i suoi caratteri generici, p. e. un cavallo.

1.º Nel legato di specie, se la specie legata perisce per caso, perisce a carico del Legatario, giacchè l'erede è obbligato soltanto a dare la specie legata (nello esempio nostro il cavallo sauro del defunto), e perita per caso la specie, egli è liberato per l'impossibilità di eseguire la obbligazione (*fr.* 23 *fr.* 49 *Dig. de verb. oblig.* XLV, 1 (Vedi sopra § 246. pag. 22). Ma perirebbe invece a carico dell'Erede, se perisse per suo dolo, o per sua colpa; oppure senza suo dolo o sua colpa, ma essendo egli in mora di prestarla (*Vedi* § 16 *Instit, II,* 20 - *fr.* 45 §. 2 *fr.* 47 §. 4 *Dig. de Legatis* XXX; *e Vedi sopra* §. 252, 253. *pag.* 29, 32, - § 555. *pag* 338.). Legate *copulativamente* due specie, importa esaminare se l'una è principale e l'altra accessoria, o se sono ambedue principali. Nel primo caso, perita l'accessoria devesi la principale, ma perita la principale non devesi l'accessoria: esempigrazia se fu legato dal testatore il proprio cavallo bardato, perita la bardatura dovrebbesi pre-

stare il cavallo, ma perito il cavallo, non dovrebbesi neppure la bardatura (*Istit.* §. 17 - 19 *de Legatis II*, 20.). Perita una delle due cose ugualmente principali, legate copulativamente, si deve prestare quella rimasta.

2.° Il legato di una cosa indicata per i suoi caratteri generici (*legatum generis*), è nullo, se il genere è tanto generale che esso comprende anche cose assolutamente inutili pel Legatario, e che l' erede possa prestare senza risentire nessuno incomodo; come se fosse stato legato: un animale, una pianta (*Paolo III*, 6, 13 - *fr.* 57 *pr. Dig. de Legatis XXX*); come pure è nullo, se il defunto non lasciò nella sua eredità cosa alcuna del genere indicato: per esempio se legò una casa, e non esistono case nel patrimonio del defunto (*fr.* 71 *pr. Dig. de Legatis XXX* - *fr.* 69 §. 4 *Dig. de jure dotium XXII*, 3). Supposto che nell' eredità esistano più cose appartenente al genere indicato, il diritto di scelta appartiene a cui il Testatore l'ha conferito. Ove il Testatore abbia conferito al Legatario il diritto di scegliere, il Legato si dice *legatum optionis, seu electionis*, ed il Legatario può sciegliere la cosa migliore; ove per lo contrario, il diritto di scegliere sia stato attribuito all' Erede, egli lo esercita, ma non gli è permesso di dare al Legatario la cosa peggiore (*Istit.* §. 23 *de legatis II*, 20 - *fr* 2 *Dig. de optione vel elect. legata XXXIII*, 5 - *fr.* 110 *Dig. de Legatis* XXX). (a) Qualora poi il Testatore non avesse conferito il diritto di scegliere, nè al Legatario nè all' Erede, quel diritto spetta al Legatario, se il legato è di tale indole da produrre un *azione reale* a suo favore; spetta invece all' erede, se il legato è tale che non possa esigersene l'adempimento, se non se con una *azione personale.* Ma nel primo di questi casi il Legatario non può scegliere la cosa *ottima,* e nel secondo l' Erede non può obbligarlo a ricevere la *pessima* (*Istit.* §. 22 *de*

(a) Anticamente il *legatum optionis*, prima che fosse fatta la scelta dal legatario, non trasmettevasi agli eredi; ma Giustiniano permise agli eredi del legatario di fare la scelta, che il loro autore non fece (*Istit.* §. 23 *de legatis II*, 20 - *fr.* 12 §. 8 *Dig. quando dies legat. XXXVI*, 2 - *cost.* 3 *Cod. comm. de legat. VI*, 43).

legat. II, 20 - fr. 20 fr. 37 pr. fr. 108 §. 2 Dig. de Legatis XXX - *fr.* 2 §. 1 *Dig. de opt. vel elect. leg. XXXIII, 5*).

b) *Legatum quantitatis*, è il legato di cose fungibili, il genere delle quali è definito dal numero: p. e. *quattro cavalli, cento anfore di vino* (*fr. 34 §. 3, 5 Dig. de legatis* XXX). Legata una determinata quantità di cose, indicate soltanto pel loro genere (peresempio 100 anfore di vino), e senza determinazione di qualità, stà in arbitrio della persona, che deve prestare il legato, il darle di quella qualità che più le aggrada (*fr. 4 Dig. de tritico, vino* XXXII, 6).

c) *Legatum universitatis*. Legata una università di cose p. e. un gregge, il suo aumento o decremento, dal giorno della fazione del testamento, fino al giorno della prestazione del Legato, è a vantaggio e respettivamente a danno del Legatario (*Istit.* §. 18, 19, 20 *de legatis II*, 20 - *fr.* 21 *fr.* 22 *Dig. de legatis XXX*). Il Legatario ha diritto di avere ciò che è rimasto della *universitas*, anche quando fosse un capo solo (*Istit.* §. 18 *de legatis II, 20*).

§. 829. Osservazioni speciali sono da farsi sui Legati *annui* o *mensili*, e sul *Legato degli alimenti* :

(*a*) Legato *annuo o mensile* (*legatum annuum, menstruum*), è quello che si deve prestare ogni anno, oppure, ogni mese (*fr. 4 fr.* 20 §. 1 *fr. 23 fr. 24 Dig. de annuis legatis XXXIII*, 1). Il Legato annuo o mensile, a vero dire, comprende più Legati, dei quali quello del primo anno o del primo mese, è incondizionato, gli altri sono sottoposti alla condizione, che il Legatario sia in vita al principiare di ogni successivo anno o mese (*fr. 4 Dig. de annuis legatis XXXIII, - fr. 10 Dig. quando dies legat.* XXXVI, 2). Il Legatario acquista il diritto al Legato annuo o mensile, subito che l' anno o il mese è incominciato: ed ancorchè egli muoja poco dopo il principiare dell' anno o del mese, il suo erede ha diritto a ricevere l' intiero legato per l' anno o pel mese cominciati (*fr 6, 8 22 Dig de annuis legatis. XXXIII. 1 - fr, 12 pr. §. 1 e 3 Dig. quando dies legatis. XXXVI, 2*). Per spiegare tale disposizione legislativa si dice, che questi Legati annui o mensili facendo le veci di un capitale assegnato per la sussistenza del legatario, debbono es-

sere pagati anticipatamente. - Di regola questo legato si estingue con la vita del Legatario (*fr 4 in f. fr. 8 Dig. de annuis legat XXXIII 1*), ma se dal testatore furono chiamate a goderne anche gli eredi, allora passa di erede in erede (*cost. 22 Cod. de legatis VI, 37*); e se fu lasciato ad una corporazione indefettibile, dura fino all' estinzione della medesima (*fr. 6, fr. 20 §. 1 Dig. de annuis legat.* XXXIII, *1*).

(*b*) *Il Legato degli alimenti* di regola contiene, vitto, vestiario, abitazione, ma non le spese di educazione per fare apprendere un arte od una scienza (*fr.* 6 *fr. 7 Dig. de alim. legat.* XXX*IV*, 1); affinchè contenga le spese di educazione, deve resultare la volontà del testatore di comprendervele (*fr.* 7 *Dig. eod.*) - Il Legato delle spese di educazione all' incontro, si intende esteso anche agli alimenti (*fr. 25 Dig, de alim. leg.* XXXIV. *1*). Il Legato del vitto, non comprende il vestiario, nè l' abitazione (*fr. 21 Dig. eod*). - Per fissare la misura degli alimenti, prima ispezione necessaria, è quella diretta ad assicurarsi se il testatore fosse solito di mantenere la persona cui lasciò il legato. Ove ciò venisse constatato, allora si ritiene che abbia voluto lasciarle in morte, quanto soleva darle in vita (*fr.* 22 *Dig. de alim. vel cib. leg.* XXXIV, *1*). - Se il testatore che era solito somministrare gli alimenti ad una data persona, le lascia a titolo di Legato: *gli alimenti che era solito di darle in vita* (*quæ vivus prestabat*), ove il testatore non li avesse sempre prestati nella stessa quantità, bensì ora maggiori ora minori, il legato dovrà regolarsi sulla quantità che fu data nel tempo ultimo precedente alla morte del testatore (*fr. 14 §. 2 Dig' de alim. vel cib. legat.* XXXIV, 1). Se poi il testatore non avesse determinata la misura degli alimenti, e non li avesse mai prestati al legatario, l' ammontare dei medesimi deve essere tassato dal Giudice, il quale in siffatta tassazione deve prendere in considerazione ciò che il Testatore per avventura avesse dato a titolo di alimenti, ad altra persona di condizione uguale al Legatario, e più poi la entità del patrimonio del Testatore, la condizione del Legatario, i vincoli di sangue o di affetto più o meno stretti, che univano il Legatario al Testatore (*fr. 22 Dig. de alim. vel cib. leg.* XXXIV,

1). - Il Legato degli alimenti si intende esteso a tutta la vita del Legatario, quando il testatore non avesse stabilito diversamente (*fr. 14 Dig. eod.*). - Le Leggi Romane favoriscono in modo speciale questo legato; e di vero:

1°. È valido, sebbene lasciato a persona incapace di essere erede (*fr. 11 Dig. eod. - fr. 3 Dig. de his quæ pro non script. XXXIV, 3*).

2°. Si interpreta come esteso alla *piena pubertà* (cioè ai 18 anni nei maschi ai 14 nelle femmine), sebbene fosse stato lasciato fino alla *pubertà* del Legatario (*fr. 14 pr.* §. 1 *Dig. de alim.* XXXIV 1).

§. 830. Eziandìo i *fatti* possono essere obietto di legato, perchè questi pure possono essere utili al legatario, e di qualche onere all' Erede; invalido per altro sarebbe un legato che obbligasse l' erede alla prestazione di un fatto turpe, ridicolo, o illusorio (*fr.* 112 §. 3 *Dig. de legatis* XXX).

III *MODALITÀ DEI LEGATI*

§. 831. Un Legato può essere lasciato puramente (*pure*) o con apposizione di termine (*sub die*), di condizione (*sub conditione*) di causa (*sub causa*), o di modo (*sub modo*). Le regole proprie di queste modalità quando apposte all' istituzioni dell' erede, valgono pure ove le modalità stesse, sieno applicate ai Legati (*Vedi sopra* §. *629. lett.* B) *pag.* 391 *e seg.*). Così per esempio; le condizioni affermative impossibili, fisicamente o moralmente, anche nei Legati si ritengono come scritte (*Vedi sopra* §. *629 lett. c. pag 392*): la *Cauzione Muciana* è applicabile eziandìo ai Legati (Vedi sopra §. 629. lett. e. - pag. 394): le condizioni *Captatorie*, sono proibite ancora nei Legati (*fr. 64 Dig. de legatis* XXX - Vedi sopra §. 629 lett. g. pag. 394). Nei legati, alla pari che nelle istituzioni in erede, *falsa causa non nocet. (Istit.* §. 31 *de legatis II, 20 Ulp.* XXIV 19 - *fr.* 17 §. *2 fr. 72* §. 6 *de condit. et demonstrat.* XXXV, 1 - *Vedi sopra* §. 629. *III, pag. 396*) Per i Legati valgono le stesse regole esposte intorno all' istituzioni fatta *sub modo* (*fr.* 17 §. *4 de condit. et demonstrat.* XXXV, 1. - Vedi sopra §. 629.

IV, pag. 397). - Ma per altra parte sono da fare le seguenti osservazioni:

a) La condizione *risolutiva*, ed il termine *certo* (sia pure *a quo* o *ad quem*), mentre non possono apporsi alla istituzione in erede, possono apporsi ai Legati: perchè in questi non hanno come in quella, per effetto la violazione della regòla. *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*

b) Prima di Giustiniano, non era lecito lasciare un legato che si dovesse prestare *dopo la morte dell'erede o del legatario*, o la vigilia della morte dell' erede o del Legatario (*post mortem heredis aut legatarii - pridie quam heres aut legatarius morietur. - Istit.* §. *55 de legatis II, 20*). - Si diceva incivile il Legato da prestarsi dopo la morte dell' erede, perchè sembrava che quel legato non facesse carico all' erede, ma all' erede dell' erede, *quod juris civilis ratio non patitur* (*Ulp.* XXIV, *16 - Paolo III, 6* 5 - *Gajo II, 232*); si diceva parimente incivile il Legato da prestarsi *dopo la morte del Legatario*, (*post mortem legatarii*), perchè il giorno della prestazione verificandosi quando il legatario non esiste più, il Legato non può essere da lui acquistato, e per conseguenza neppure trasmesso ai suoi eredi; mentre si riconosceva valido il Legato prestabile *cum ipse legatarius morietur*: il Legatario vivendo tuttora, quando spira l' ultimo fiato (*Paolo III, 6*, - *fr. 79 Dig. de cond. et demonstrat.* XXXV, 1 - *fr. 4 Dig. quando dies legat. cedat.* XXXVI, 2). Si diceva nullo, il legato prestabile, la *vigilia della morte del Legatario o dell' erede* (*pridie quam heres aut legatarius morietur*), perchè si osservava, che qual giorno sia la vigilia della morte, non può constatarsi se non dopo la morte, e dopo la morte il Legatario non può acquistare il Legato, e per conseguenza non può trasmetterlo agli eredi (*Gajo II*, 232, 233). Ma Giustiniano dichiarò validi tutte questi Legati, perchè come Fedecommessi, validi sarebbero stati (*Ulp.* XXV. *8 - Gajo II, 277 fr.* 5 §. 1 *Dig. de legatis* XXXII), ed egli volle parificati in tutto e per tutto i Legati ai Fedecommessi (*Istit.* § 35 *de legatis II*. 20 - *cost. 11 Cod. de contrah. et commit. stip. VIII*, 38 - *cost. un. Cod. ut. act. ab. hered. et contra hered. incip. IV 11*).

c) Nel Diritto Giustinianeo, è permesso al testatore di *condannare* l' erede a prestare a titolo di Legato a taluno una qualche cosa, pel caso in cui l' erede stesso omettesse una azione dal testatore impostagli, o commettesse qualche azione vietatagli. Questo Legato, detto: *legatum pœnæ nomine ad coercendum heredem relictum*, in diritto antico si reputava inutile (*Gajo II*, 235, 236, 243 - *Ulp.* XXIV, 17); Giustiniano invece ordinò, che se all' erede era imposta una azione od una omissione, che non fosse illegale immorale, o impossibile, siffatto Legato avesse da sortire efficacia (*Istit.* §. 36 *de legatis II*, 20 - *cost. un Cod. de his quæ poenæ nomine VI*, 41).

d) È *dubbioso* se *si potesse* per Diritto Romano, fare dipendere un Legato dalla volontà di un terzo (a), ma è certo che non poteva farsi dipendere dal *mero arbitrio* dell' erede (*fr.* 43 §. 2 *Dig. de legatis XXX* - *fr.* 46 §. 3 *Dig de fideicom. lib. XL*, 5).

IV. *ACQUISTO DEI LEGATI ED EFFETTI DELL' ACQUISTO*

Dig. Lib. XXXVI, *Tit.* 2 *quando dies legati vel fideicommissi cedat.* - *Cod. Lib. VI, Tit.* 51 *de caducis tollendis* - *Tit.* 53 *quando dies legati vel fideicommissi cedit.*

§. 832. Intorno all' acquisto dei legati, è necessario intendere bene, le due espressioni testuali, *dies legati venit*, *dies legati cedit.*

(a) *Dies legati cedit,* vuol dire che è giunto il momento, nel quale il Legatario ha acquistato il diritto sul Legato, attalchè può trasmettere quel diritto ai proprj eredi: *si post diem legati cedentem, legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum* (*fr.* 5 *pr. Dig. quando dies legat. ced.* XXXVI, 2).

(b) *Dies Legatis venit,* significa che è giunto il momento nel quale il legatario può esercitare il diritto acquistato sul le-

(a) Sono da consultare su questa, questione: i *fr.* 43 §. 2 *Dig. de legatis XXX* - *fr.* 1 *Dig. de legatis XXXI*, - *fr.* 11 §. 7 *Dig. XXXII*, *fr.* 52 *Dig. de condit. et demonstrat. XXXV*, 1 - *fr.* 46 *pr.* §. 1 *a* 5 *Dig. de fideicomm. lib. XL*, 5). -

gato cioé può esigere la prestazione del Legato: *cedere diem significat incipere debere pecuniam*; *venire diem. significat eum diem venisse, quo pecunia peti potest* (*fr.* 213 *pr. Dig. de verb. signif. L*, 16). Ciò premesso, esaminiamo le regole relative all' *acquisto del diritto sul legato*, e poi quelle relative all' *esercizio del dirito acquistato*.

§. 833. Circa all' acquisto del Diritto sul Legato, bisogna procedere con una distinzione:

a) Nel legato *puro*, nel legato *sub modo*, nel legato *sotto condizione resolutiva*, nel legato a *termine certo* (*ex die certo, in diem, post diem*), il Legatario acquista diritto sul legato (*dies cedit*), al momento della morte del Testatore; e da quel momento trasmette tal diritto ai proprj eredi (*fr.* 5 §. 1 *Dig. quando dies legati cedit* XXXVI, 2 - *cost. un* §. 1, 5 *Cod. toll. de cad. VI*, 51). (a) Per altro se il legato fosse tanto inerente alla persona del Legatario (*nam cum persona cohæret*), che non potesse da lui trasmettersi ai proprj eredi (come è il legato di una servitù personale, e il legato della libertà), allora il Legatario acquista diritto sul legato (*dies cedit*), non già dal momento della morte del Testatore, bensì da quello in cui l'erede fa l'adizione dell' eredità (*fr.* 2 *fr.* 3 *fr.* 5 §. 1, *fr* 9 *Dig. quando dies leg. ced.* XXXVI, 2); il legatario acquista dunque diritto sul legato, nel momento che può esercitarlo: non prima: ciò non è strano; perchè per gli eredi del Legatario è inutile, che egli l' acquisti prima (vale a dire alla morte del testatore), ogni qualvolta, egli non può per l'indole di quel legato trasmetterlo ad essi (*nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem ejus cedere dixerit* (*fr.* 3 *Dig. eod.*).

b) Nel legato lasciato sotto *condizione sospensiva*, o con apposizione di *termine incerto*, il Legatario acquista il Diritto sul

(a) Le leggi *Julia et Papia Poppea* nelleloro disposizioni sui *caduca*, avevano modificato il diritto antico per riguardo al *dies cedit* nei legati *puri* e *semplici*: avevano cioè stabilito: che il Legatarlo acquistasse diritto sui medesimi, e per conseguenza lo trasmettesse ai proprj eredi, non già il giorno della morte del Testatore, bensì il giorno dell' apertura del Testamento; ma Giustiniano ristabilì in vigore il Diritto antico (*cost.* 1 §. 5 *Cod. de cad. toll. VI*, 51.)

legato (*dies cedit*), dal momento in cui la condizione si purifica, o il termine scade (*fr. 5 §. 2 Dig. eod. - cost. un. §. 7 Cod. de his quæ pœnæ nomine VI, 41*). Ma se il termine *incerto* è tale, che debba necessariamente verificarsi durante la vita del legatario (p. e. se è il giorno della morte del Legatario - *fr. 79 Dig. de condit. et demonstrat.* XXXV, 1); oppure se il termine incerto è apposto, non già all' obbligo di prestare il legato, bensì alla prestazione effettiva: il Legatario acquista diritto sul legato (*dies cedit)* dal momento della morte del testatore (*fr. 46 fr.* 62 §. *1 Dig. ad S. C Trebell.* XXXVI, 1 - *fr.* 26 §. 1 *Dig. quando dies legat. ced.* XXXVI, 2 - *cost.* 5 *Cod. eod. VI*, 55.).

§. 834. Circa all' esercizio del Diritto acquistato sul legato, è da osservare, che può venire esercitato (*dies venit)* soltanto dopo l' adizione dell' eredità (*fr.* 32 *pr*, *Dig. de Legatis* XXXI.) ; se non che nei legati *ex die certo*, può venire esercitato soltanto alla scadenza del termine certo (*fr.* 21 *pr. Dig. quando dies legati, ced.* XXXVI, 2. .)

§. 835. È di massima importanza il non confondere, l' acquisto dei Diritti che formano objetto del Legato, con l' acquisto del Diritto sul legato; a mo' di esempio l' acquisto della servitù personale dell' usufrutto, legata, con l' acquisto del Diritto sul Legato di usufrutto. Il Diritto sul legato si acquista appena *dies legati cedit* , e si acquista *ipso jure* anche ad insaputa del Legatario, e senza bisogno di accettazione (*fr. 81* §. *6 Dig. de Legatis* XXX. - *fr. 75* §. *1 fr.* 80 *Dig. de Legatis* XXXI); ma circa all' acquisto dei diritti, che il legato conferisce, ossia dei diritti che sono objetto del legato, è giuoco forza procedere con distinzioni:

a) Il Legatario in generale acquista la proprietà delle cose legategli, per la *tradizione* che gliene faccia l' erede; ma della *specie legata*, *che era proprietà del defunto*, acquista il dominio *ipso jure* senza bisogno di tradizione, dal dì della adizione dell' eredità (*fr. 44* §. *1 fr. 81* §. *6 fr. 86* §. 3 *Dig. de legatis* XXX, *- fr.* 80 *Dig. de Legatis* XXXI.); delle cose indicate per loro *genere*, o per la loro *quantità*, e delle cose *altrui*, acquista

il dominio soltanto mediante la tradizione (*fr. 80 Dig. de legatis* XXXI, *fr. 69 pr. fr. 86* §. 3 *Dig. de legatis* XXX).

b) Acquista *ipso jure* dal momento dell' adizione dell' eredità, l' *jus in re* legatogli sopra una cosa di proprietà del Testatore.

c) Del credito legatogli può procurarsi il pagamento, mediante la cessione delle azioni fattagli dall' erede, sebbene in Gius Nuovo possa esercitare quelle azioni come *utiles*, senza bisogno di cessione (*Vedi sopra* §. 827 *pag.* 549).

§. 836. Il Diritto sul Legato, si acquista *ipso jure* dal Legatario, anche a sua insaputa, appena *dies legati cedit*, ma egli ha facoltà di rinunziarvi, e la sua rinunzia lo fa considerare come se non avesse mai avuto diritto su quel Legato (*fr. 38* §. *1 fr. 44* §. *1 fr. 86* §. *2. Dig. de legatis* XXX.); per altro, a lui non lice accettarlo in parte, ed in parte rinunziarvi (*fr. 38 pr. Dig. de legatis* XXX - *fr. 4*, *fr. 58 Dig. de legatis* XXXI.); nè è permesso al Legatario, cui furono lasciati due o più legati, uno dei quali aggravato da un onere: esimersi da tale onere, rinunziando al legato solo, sul quale l' onere è imposto; imperocchè siffatta rinunzia, non lo libererebbe da quell' onere (*fr.* 5 *pr.* §. 1 *fr.* 23 *Dig. de legatis* XXXI, *fr. 10 Dig. de usu et usufr.* XXXII, 2.).

V *Jus Accrescendi* *nei Legati.*

(*Cod. Lib. VI, Tit. 51 de caducis tollendis*)

§. 837. Il *Gius Accrescendi*, fu detto poco sopra (Vedi §. 770 pag. 503), ha luogo non soltanto fra Coeredi, bensì ancora fra Collegatarj, cioè fra le *persone, cui una cosa stessa è stata lasciata nel medesimo testamento*. È importante avvertire, che la stessa cosa può essere lasciata a più collegatarj, nel medesimo testamento, in tre maniere diverse, corrispondenti a quelle nelle quali i più coeredi possono essere chiamati alla medesima eredità. Di quì deriva, che eziandìo fra i Collegatarj, si distinguono:

a) I *conjuncti re tantum*, o *re non etiam verbis*, vale a dire quelli, cui la *cosa stessa* è stata lasciata, ma in *proposizioni diverse* (*disjunctim, separatim*).

b) *I conjuncti re et verbis*, cioè quelli, cui la *cosa stessa* è stata lasciata, e nella *medesima proposizione* (*conjunctim*).

c) I *conjuncti verbis tantum*, ossia quelli, cui nella *medesima proposizione* è stata lasciata la *cosa stessa*, ma questa è stata lasciata per *porzioni determinate*; i quali possono chiamarsi anche *re disjuncti* perchè, sebbene sia stata loro lasciata la cosa stessa, siccome ad ognuno ne fu lasciata una porzione determinata e distinta, sono in una posizione analoga a quella in cui sarebbero, ove ad ognuno di essi fosse stata lasciata una cosa differente.

§. 838. Le regole del *Gius Accrescendi* fra i Coeredi e fra i Collegatarj, non sono state sempre uguali: hanno variato a seconda dei tempi, e si possono distinguere tre epoche principali in cui subirono capitali modificazioni vale a dire 1.° L' epoca anteriore alla legge Papia Poppea 2.° L' epoca posteriore a questa legge 3.° L' epoca Giustinianea.

I. *Epoca.* Avanti la legge Papia Poppea il *Gius Accrescendi* fra i Collegatarj (giacchè è di questi che ci dobbiamo quì occupare) si fondava sulla circostanza: che la *cosa stessa*, fosse stata lasciata, e *lasciata per intiero*, in *proprietà* a ciascheduno dei più collegatarj; non importava poi se fosse loro stata lasciata nella stessa proposizione o in proposizioni diverse, o come allora si diceva: *conjunctim* oppure *disjunctim.* Ma non aveva luogo il *Gius Accrescendi*, se non era stata lasciata la *proprietà* della cosa, se non era stata lasciata *la cosa stessa*, o se essendo stata lasciata la cosa stessa, non era stata lasciata, a ciascun legatario *per intiero*, bensì invece per porzioni determinate. Dalla formula, adoperata dal Testatore nell' ordinare il Legato, dipendeva il *Gius Accrescendi.* Dimostriamolo:

a) Se il Legato era ordinato per *vindicationem*, o il Testatore avesse conceduto la *vindicatio* (e per conseguenza la proprietà) ai più collegatarj nella stessa proposizione (*conjunctim*) oppure in proposizioni diverse (*disjunctim*), avesse cioè detto: *Titio et Sejo fundum Capenatem do*, *lego;* oppure avesse detto: *Titio fundum Capenatem do, lego - Sejo eumdem fundum Capenatem* , *do*, *lego*; il Gius Accrescendi aveva sempre luogo; vale a dire se uno dei Collegatarj veniva a mancare o

se il legato si doveva considerare *pro non scripto*, perchè invalido fino da primo, la sua porzione si accresceva all' altro legatario (*Gajo III, 199 - Ulp. XXIV, 12 - Vatic. fragm. 75 a 88,*). Infatti, la formula di questo Legato esprimeva, che la *proprietà* della cosa era lasciata per *intiero* a ciascuno dei collegatarj (*in solidum habuerant*); e sebbene dovessero dividersela perchè concorrevano (*cuncursu res divisa est*), appena quel concorso cessava o non aveva luogo, sortiva pieno effetto la disposizione del Testatore , che aveva lasciato la cosa *intiera* a ciaschedun legatario, ed intiera l' acquistava il legatario rimasto solo. Per cui a parlare propriamente, si verificava più presto un *jus non decrescendi*, che un *jus accrescendi.* Ove poi la cosa stessa lasciata in proprietà ai più Collegatarj, fosse stata lasciata per parti determinate, sebbene lasciata nella stessa proposizione (p. e. se il Testatore avesse detto: *Titio et Sejo fundum Capenatem æquis partibus do, lego*) fra i Collegatarj non si sarebbe verificato *Gius Accrescendi*: la formula stessa di questo legato dimostrando, che a ciascuno di loro era trasferita una parte determinata della cosa, e perciò quasi una cosa diversa. Tali legatarj, non essendo uniti per nessun vincolo di comproprietà, in quest' epoca furono anche detti *disjuncti*, dietro il riflesso che *quamvis ET syllaba conjunctionem faciat, non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videatur* (*fr. 66 Dig. de hered. instit. XXVIII, 5*); soltanto in seguito furono detti *conjuncti verbis tantum.*

b) Se il legato era ordinato *per damnationem*, non davasi mai luogo al *Gius Accrescendi* fra i Collegatarj. E di vero, se i Collegatarj erano riuniti nella stessa proposizione (p. e. se il Testatore avesse detto: *heres meus fundum Capenatem Titio et Sejo damnas esto dare*), questi Collegatarj acquistavano un credito a comune contro l' Erede; ma i Crediti a comune, essendo per disposto di legge divisi fra i più concreditori, ognuno di detti Legatarj aveva azione contro l' erede *pro rata*, e non aveva nessun rapporto con l' altro. L' indole essenzialmente divisibile dell' obbligazione (ossia del credito dei legatarj, e del debito dell' erede), produceva dunque, nel legato *per damnationem*, l' effetto stesso che nel legato *per vindicationem* produce-

va la divisione per quote della proprietà della cosa legata, operata dal testatore; onde con molta verità ed esattezza è detto, nei Frammenti Vaticani, su queste proposito: *jus accrescendi eessat*; *non immerito, quoniam damnatio partes facit* (*Fragm, Vatic* §. 85 - *Gajo II*, 205). Se poi i collegatarj erano stati ricordati dal Testatore in proposizioni diverse: (p. e. se il Testatore aveva detto: *Heres meus fundum Capenatem, Titio damnas esto dare. Heres meus fundum Capenatem, Sejo damnas esto dare*), ognuno di questi legatarj aveva diritto di chiedere tutto il fondo all' erede, ognuno aveva un credito distinto e separato; e l' uno avrebbe ottenuto il fondo, l' altro la stima (*Gajo II*, 205). Ma appunto perchè in tal caso vi sarebbero stati tanti crediti distinti e separati, quanti erano i legati: uno dei Legatarj non aveva nulla da sperare dall' altro, e al mancare dell' uno, l' altro non acquistava nulla da lui (a). Riepilogando: il legato della *proprietà intiera* della cosa, ordinato a ciascuno fra più legatarj, (chè tale è in sostanza il legato ordinato *per vindicationem*) conferiva a ciascheduno di loro la *proprietà* della cosa legata, ma questa proprietà, più essendo i subjetti, diveniva necessariamente pel loro concorso una comproprietà; la quale per altro riprendeva il pristino carattere al cessare di quel concorso: onde *il Gius Accrescendi.* Il legato di un credito contro l' erede, ordinato a favore di più legatarj, (chè tale è in sostanza il legato ordinato *per damnationem*), non faceva nascere mai nessuna comunione fra i più creditori, perchè il credito era *ipso jure* diviso fra loro fin da principio; dunque impossibilità giuridica di *Gius Accrescendi*.

II. *Epoca.* Le leggi *Julia et Papia Poppea* nell' intendimento di punire il celibato e la sterilità, e di premiare la paternità, privarono del *Gius Accrescendi*, gli *orbi* ed i *celibi*. Per eccezione lo lasciarono in vigore a favore di quelli *orbi e celibi*, che erano ascendenti o discendenti del Testatore fino al terzo grado (*Ulp. XVII*). Le porzioni che sarebbero toccate, in forza del *Gius Accrescendi*, agli *orbi ed ai celibi*, furono da quelle

(a) Era disputa come si verificasse il *Gius Accrescendi*, se il Legato era ordinato *per præceptionem*, o *sinendi modo* (*Vedi Gajo II.* 205, 223).

leggi dichiarate *caduca*, ed attribuite agli eredi o a quei legatarj dello stesso testamento, che avessero avuto figliuolanza, che fossero stati cioè padri (*patres*); ed in mancanza di essi attribuite al Fisco (*Vedi Gajo II*, 206, 207). I legatarj e gli eredi che avevano figli (*patres*), acquistavano siffatte porzioni, non già per *gius accrescendi*, ma per un *jus caduca vindicandi*, che era un modo di acquistare il dominio derivante dal disposto di legge: dalla *lex* (*Vedi Vol. I. Lib. II*, §. *89 pag. 504*). Le leggi *Julia et Papia Poppea* vollero, che questi *patres*, acquistassero eziandìo le porzioni di quei legatarj, che per qualche ragione di Diritto Civile, non potevano essere da loro acquistate; e siffatte porzioni avéndo, per le ricordate leggi, la stessa sorte dei *caduca*, furono dette essere nella condizione dei *caduca*, *in causa caduci*. Osservammo altrove (Vedi sopra §. 833 pag. 559 in nota), che le leggi *Julia e Papia Poppea* per aumentare i casi di caducità, avevano stabilito ancora, che i Legati *puri e semplici* non si acquistassero dal Legatario, e per conseguenza non si trasmettessero da lui a proprj eredi, dal momento della morte del Testatore, bensì in quello dell'apertura del Testamento. Per altro non si consideravano come *caduca*, nè come *in causa caduci*, quelle liberalità del Testatore, che essendo nulle fino da primo, si ritenevano *pro non scriptis*. Queste liberalità, erano sempre sottoposte al *Gius Accrescendi* a favore dei Legatarj. Caracalla per una veduta fiscale, attribuì al Fisco tutti i *caduca* (*Ulp. XVII*, 2); i *patres* non furono dunque più remunerati della loro paternità con l'acquisto dei *caduca*, ma gli *orbi* ed i *celibi* seguitarono ad essere puniti per impinguare il Fisco.

III. Epoca. Le leggi *Caducarie*, soppresse in parte da Costantino e da Teodosio (*cost. 1 e 2 Cod. de infirm. pœn. cœlib. VIII, 58 - cost. 1 §. 5 Cod. de cad. toll. VI, 51*), furono da Giustiniano abrogate del tutto (*Vedi Cod. de cad. toll. VI, 51*), il *Gius Accrescendi* venne ristabilito, e la scadenza del legato puro e semplice fu riportata alla morte del Testatore. Ma quell'Imperatore avendo parificato negli effetti i legati tutti, qualunque fosse la formula adoperata per ordinarli, fossero cioè concepiti o per *vindicationem*, o *per damnationem*, o *sinendi*

modo, o per præceptionem, era un bisogno stabilire un sistema nuovo pel *Gius Accrescendi* fra i Collegatarj; ed è questo sistema, stabilito da Giustiniano, che ora andiamo ad esporre

§. 839. Nel Diritto Giustinianeo, il *Gius Accrescendi* fra i Collegatarj si fonda sulla presunta volontà del Testatore: si presume cioè, che il Testatore, quando congiunse in uno stesso legato più persone, volesse che la porzione non acquistata da uno di essi, e perciò rimasta vacante, si deferisse più presto ai collegatarj, che all'erede. Ma affinchè possa farsi luogo al *Gius Accrescendi* fra i Collegatarj, è necessario:

a) che il Testatore non l'abbia proibito. E proibirlo fra i Collegatarj egli può, senza violare la regola: *Nemo pro parte etc.* come la violerebbe vietando il *Gius Accrescendi* fra Coeredi Testamentarj (Vedi sopra §. 769 pag. 505).

b) che uno dei collegatarj venga a mancare, prima di avere acquistato il diritto sul legato, e per conseguenza prima di averlo trasmesso ai proprj eredi.

c) che i collegatarj sieno *congiunti re*, o *re et verbis*; fra i *congiunti verbis tantum*, non ha luogo il *Gius Accrescendi*, perchè essendo loro lasciata la cosa per parti determinate, sono come legatarj di cose diverse. (*fr. 1 fr. 11 Dig. de usufr. accr. VII*, 2).

§. 840. Il *Gius Accrescendi* ha luogo diversamente a seconda del modo di congiunzione:

a) fra i *conjuncti re et verbis, l' jus accrescendi* è volontario; ha luogo soltanto quando la persona che vi ha diritto lo vuole; ma si verifica *cum suo onere*, vale a dire il legatario che profitta del *Gius Accrescendi*, acquista la porzione vacante con tutti gli oneri, che sulla medesima furono imposti.

b) fra i *conjuncti re tantum, l' jus Accrescendi* è necessario; avviene anche contro la volontà del collegatario, ma la porzione vacante si acquista da lui *sine onere* (*cost, un.* §. *11 Cod. de cad. toll. VI*, *51*). In questo caso piuttosto che un *gius accrescendi* esiste un *gius non decrescendi*; perchè la cosa è lasciata dal Testatore per intiero a ciascun legatario; è soltanto pel loro concorso che se la dividono; cessato il concorso, cessa la divisione (Vedi sopra §. 838 lett. a. pag. 562 e 563).

§. 841. Sussistendo più di due collegatarj, la porzione vacante è acquistata dagli altri in proporzione della loro quota (*fr. 41 Dig. de Legatis XXXI.*). E se coesistono collegatarj *conjuncti re tantum*, e collegatarj *conjuncti re et verbis*, al mancare di un *conjunctus re et verbis*, la sua porzione si accresce a quelli che sono *conjuncti re et verbis* seco lui; ed al mancare di un *conjunctus re tantum*, la sua porzione si accresce a tutti gli altri collegatarj, sieno essi *conjuncti* seco *re tantum*, o *re et verbis*, in proporzione della loro respettiva quota (*Istit. §. 8 de legatis II, 20 - cost. un. §. 11 Cod. de caduc. toll. VI, 51 - fr. 88 Dig. de Legatis XXXII. - fr. 41 pr. Dig. de Legatis* XXXI.*)*.

VI. *Della Legge Falcidia*

Istit. Lib. II, Tit. 22 de Lege Falcidia - Dig. Lib. XXXV, *Tit. 2 ad Legem Falcidiam - tit. 3 si plus quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur - Tit. Cod. Lib. VI, 50 ad legem Falcidiam.*

§. 842. Era lecito in origine, al Testatore di esaurire tutto il proprio patrimonio in legati; ma venne tempo in cui si volle porre un limite a quell'arbitrio assoluto, ancora nell'interesse dei Testatori stessi: avvegnachè non fosse raro il caso, che gli eredi rifiutassero l'eredità a loro troppo poco, o punto vantaggiosa pel soverchio numero e valore dei legati. La prima legge, che tentò di porre un argine a quella sfrenata libertà di legare, fu la legge *Furia* Testamentaria (probabilmente dell'anno 571 di Roma, - 183 anni avanti l'Era Cristiana), la quale vietò di acquistare (*capere*) un legato che superasse i 1000 assi, *exceptis personis quibusdam*, eccettuato cioè i congiunti fino al sesto grado, incluso il *sobrino natus* (*Gajo II 225 - Ulp.* XXVIII. *7 - Fragm. Vatic. §. 301*). Questa legge non ottenne l'intento, perchè moltiplicando i legati di 1000 assi, poteva il Testatore esaurire il patrimonio (*Gajo II, 225*). A raggiungere l'intento medesimo, fu promulgata la legge *Voconia* (probabilmente nell'anno 585 di Roma), per la quale fu

ordinato, che niuno potesse acquistare per legato o per donazione *mortis causa*, più di quanto acquistava l'erede; ma anche tal legge tornò insufficiente; perchè il Testatore facendo molti piccoli legati e donazioni, poteva lasciare presso che nulla all'Erede, o nulla affatto. Fu allora emanata la legge *Falcidia*, (plebiscito dell'anno 714 di Roma), in virtù della quale soltanto *tre quarti* del patrimonio poterono venire impiegati in legati; cosicchè l'erede potè sempre acquistare almeno la *quarta parte* dell'Eredità (*Istit. pr. h. t. II*, 22 - *Gajo II*. §. 224 *a* 227 - *Ulp*. XXXIV, 32 - *Paolo III*, *8*, *1*). Per conseguirla l'erede ebbe facoltà di diminuire i legati, in proporzione del loro valore, tanto da averla libera. Le disposizioni della legge Falcidia si riferivano da primo ai soli Legati, ma dal Senatusconsulto Pegasiano furono estese alle Eredità Fedecommissarie, ed ai Fedecommessi, dei quali l'Erede fosse onerato (*Istit*. §. *5 de fidecom. hered. II*, *23* - *Gajo II*, *254 e* 256), da un Rescritto di Antonino Pio fu estesa ai fedecommessi di cui fosse onerato l'erede (*fr. 18 Dig. ad leg. Falcid*. XXXV, *5*), da un altro Rescritto di Severo e Antonino, alle donazioni *mortis causa* (*cost. 5 Cod. ad leg. falcid. VI*, *50*), e finalmente alle donazioni fra i conjugi (*fr*. 32 §. *1 Dig. de donat. int. vir. et ux*. XXIV, *1*). La quarta parte riserbata all'erede dalla legge Falcidia, è detta generalmente, dagli Scrittori Odierni, *Quarta Falcidia*, ma nelle Fonti nostre, è chiamata o solamente *Quarta*, o solamente *Falcidia*

§. 843. Hanno diritto di dedurre la quarta Falcidia:

1º L'erede diretto, testamentario, o legittimo (*fr. 1 fr.* 18 *pr. Dig. h. t.* XXXV, *2*): e non solamente quando egli sia un *heres solus*, ma eziandio quando sia un *coheres*, dovendo ogni coerede avere libera la quarta parte della propria quota ereditaria (*fr. 77 Dig. eodem*). Venendo a mancare uno dei coeredi (la quota ereditaria del quale sia aggravata da qualche onere), il coerede che l'acquista, per gius accrescendi, e che non ha aggravii sulla propria, può dedurre dalla quota che acquista per *gius accrescendi*, la *quarta*; ma se per lo opposito viene a mancare un erede, la quota ereditaria del quale non ha aggravii, il coerede che l'acquista, non può dedurre la *quarta*

dalla propria quota, che fosse ad aggravi sottoposta (*fr. 78 Dig. h. t.*).

2° Il sostituito volgarmente, ed il sostituito pupillarmente (*fr. 22 § 2 fr. 82 §. 7 Dig. eod.*); ma non possono dedurre la quarta, il legatario ed il fedecommissario onerati di legati e di fedecommessi (*fr. 47 §. 1 Dig. eod.*); tuttavolta se l' erede per avere libera la quarta, riducesse al legatario il legato, questi avrebbe facoltà di ridurre in proporzione il legato imposto a lui stesso (*fr. 32 §. 4 Dig. h. t.*)

§. 844. Per calcolare se all' erede resta libera la quarta, è necessario, constatare lo stato attivo e passivo dell' eredità nel momento della morte del Testatore: un aumento nell' attivo della medesima, posteriore a quest' epoca, gioverebbe all' erede; come gli pregiudicherebbe un decremento (*Istit. §. 2 h. t. II, 22 - fr. 30 pr. fr. 73 pr. Dig. h. t. XXXV, 2*). Dall' attivo bisogna detrarre, come passivo: tutti i debiti, le spese di inventario, e di successione. L' attivo così depurato, va poi diviso in maniera, che un *quarto resti* libero allo Erede: e *tre quarti* vengono scompartiti fra i Legatarj, (*Ist. §. 3 h. t - fr. 1 §. 19. fr. 36 §. 2 fr. 72 Dig. h. t. - cost. 6 pr. Cod. eod. VI, 50*). Se questi *tre quarti* dell' attivo, non bastano a pagare per intero i legati, essi vengono ridotti in proporzione della loro stima. Ove fra i legati ve ne fossero alcuni di alimenti, di usufrutto, o di prestazioni vitalizie, questi verrebbero stimati secondo la durata della vita presunta del Legatario (a)

(a) È notevole che i calcoli fatti dai Romani sulla durata probabile del vivere degli uomini nelle epoche diverse della vita, e che occorrono nelle Pandette nel *fr* 68 *Dig. ad legem Falcidiam* (*XXXV*, 2), corrispondono esattamente a quelli, che l' esperienza ha fatto adottare in Toscana, e che sono contenute nella così detta Scala di S. M. Nuova, ossia ragguaglio della vita dell' uomo per regola del comprare, vendere, e fare vitalizj vale a dire

Dalla prima età, fino agli Anni	20	vita probabile Anni 30
Da Anni 20	25	28
25	30	25
30	35	22
35	40	20
40	45	15
45	50	10
50	55	8
55	60	7
60 in là		5

Se il testatore avesse dichiarato quali dei Legati dovessero andare sottoposti a riduzione, per lasciare libera la *quarta* all' erede, questa sua volontà dovrebbe essere rispettata (*fr.* 88 §. 2 *fr.* 54 *Dig. h. t.* XXXV, 2).

§. 845. L' erede deve imputare nella *quarta* dovutagli, quello che riceve come erede, non quello che acquista come Legatario, laonde se egli e stato onorato di un prelegato, non lo imputa nella quarta, se non che per quella porzione, del medesimo, che come erede, dovrebbe pagare a se stesso (*fr.* 74 *fr. 76 pr.* §. *1 fr. 86 fr. 91 Dig. h. t,*).

§. 846. La Detrazione della *quarta* non ha luogo:

1° Nel testamento del Militare, fatto *juri militari* (*cost 7 Cod. h. t VI, 50*). È questo uno dei tanti privilegi dei Militari.

2° Se l' erede ha accettato l' eredità, senza fare Inventario (*cost. 22* §. *14 de jure delib. VI,* 30). In tal caso non potendosi constatare lo stato dell' attivo e passivo della eredità, non può neppure dimostrarsi se la *quarta* è o no libera.

3° Se il Testatore ha vietato tal detrazione (*Nov. 1 cap.* 2 §. 2). Ove egli voglia esporsi al pericolo che l' erede istituito ricusi l' eredità pel soverchio numero dei Legati, la legge non vi si oppone.

4° Se l' erede ha espressamente o tacitamente rinunziato al Diritto di detrarre la *quarta* (*fr.* 46, 71 *Dig. h. t.* - *cost. 19 Cod. eod.*). A tutti è permesso rinunziare ad un diritto.

5° Se l' erede in *mala fede* tentò dissimulare dei beni ereditarj in pregiudizio dei legatarj (*fr. 68* §. *1 Dig. h. t.*), o *dolosamente* si diportò nell' amministrazione dell' eredità (*fr. 24 Dig. eod*). É questa una pena meritata.

6° Se si tratta di Legati privilegiati. Godono per privilegio l' esenzione dalla quarta:

(*a*) i Legati a favore di una causa pia (*Nov. 131 cap.* 12),

(*b*) i Legati della libertà, i quali d' altronde non sono suscettibili di stima (*fr.* 33, *34, 43 Dig. h. t.*):

(*c*) i Legati che debbono imputarsi in legittima (*fr. 87* §.

3 *Dig. de legatis* XXXI, - *cost. 36 pr. Cod. de inoff. testam III*, 28), dovendo la legittima aversi intiera,

(*d*) il prelegato della Dote (*fr. 81 §. 1 Dig. h. t.*): perchè questa ancora senza il Legato dovrebbe restituirsi intiera

(*e*) i Legati di cose, delle quali il testatore proibì al Legatario l'alienazione (*Nov. 119 cap. 11 - Auth. sed et in ea re Cod. h. t. VI*, 50).

VII CAUSE DI INVALIDITA' DEI LEGATI

Istit. Lib. II, Tit 21 de ademptione Legatorum - Dig Lib. XXXIV, tit. 4 de adimendis vel transferendis Legatis vel Fideicommissis.

§. 847. Un Legato può essere invalido fino da primo, o divenirlo in seguito di tempo. - È invalido fino da primo se:

1º. fu lasciato a persona incapace

2º. se ne fu objetto, cosa che non può esserlo.

3º. se viziosa fu la disposizione che contiene il Legato. - Il Legato invalido nella sua origine, non può convalidarsi, comunque in seguito venga a cessare la causa di sua invalidità, giusta la regola Catoniana *quod ab initio vitiosum est, nec tractu temporis convalescere potest*. -

§. 848. Un Legato può divenire invalido in seguito di tempo per diverse cause, che voglionsi ora dichiarare.

A.) Per Revoca *Ademptio*. - La revoca doveva essere fatta con formule solenni, nell' epoca in cui i Legati con solenni formule venivano ordinati: *legatum quod datum est, adimi potest . . . . dum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum est* (*Ulp. XXIV, 29 - II*, 12). Una revoca fatta senza le formule volute dalla Legge, formule contrarie a quelle adoperate nell' ordinare il Legato, non era valida per Diritto Civile: ma se il Legatario si fosse fatto a chiedere la prestazione di quel Legato, sarebbe stato respinto con l' *exceptio doli* (*Teofilo* nella sua Parafrasi *h. t.*). In Gius Nuovo la Revoca di un Legato può essere fatta, senza bisogno di parole solenni, nè di formule, perchè senza formule può il Legato venire ordinato (*Istit.*

pr. h. t. II, 21). - Può siffatta revoca farsi in un Testamento od in un Codicillo; se è fatta verbalmente, a provarla è necessaria l' attestazione di due testimonj (*fr. 5 §. 11 Dig. de adim vel transf. leg. XXXIV, 4 - cost. 22 Cod. de fideicom. VI, 42*). - Può la revoca essere anche *tacita*, vale a dire desumersi dai fatti; fatti dai quali potrebbe essere desunta sono, la cancellazione delle parole con le quali il Legato fu ordinato (*fr. 16 Dig. h. t.*), la volontaria distruzione della cosa legata, e la volontaria trasformazione della medesima operata in guisa, che non possa venire ritornata al pristino stato (*fr. 65 §. 2 Dig. de Legatis XXX - fr. 88 Dig. de Legatis XXXII,*), la non necessaria alienazione della cosa stessa, e l' esazione del credito o del debito legato (*fr. 11 §. 12 Dig. de Legatis XXXII - Istit §. 12, 21 de Legatis II, 20 - cost. 27 Cod. de fideicom. VI, 42*). Finalmente la revoca del Legato talvolta viene presunta per legge; esempigrazia se inimicizie capitali insorsero fra testatore e legatario (*fr. 5 §. 11 fr. 4 fr. 22 Dig. de adim leg.* XXXIV, *4*), o se il testatore in una scrittura posteriore, dichiarò ingrato o malvagio colui, che aveva in precedenza onorato di un Legato (*fr. 29 fr. 12 Dig. eod*).

B): Per Translazione (*Translatio*), vale a dire per una modificazione che il Testatore avesse fatto subire al legato, relativa sia alla persona del legatario, (*a persona in personam*) sia alla persona che deve prestarlo (*ab eo qui de ea re jussus est, ut alius det*), sia nella cosa (*cum res pro re datur*), sia finalmente nelle modalità della disposizione (*quod pure datum est, transfertur sub conditione*); insomma mediante una specie di Novazione (*fr. 6 Dig. de adim. vel transf. leg.* XXXIV, *4 - Istit. §. 1 Cod. tit. II, 21*). - Affinchè la translazione abbia per effetto la revoca dell' antico legato, e la creazione di un legato nuovo, debbono concorrere tutti i requisiti necessarj a ordinare un legato, altrimenti la revoca avrebbe efficacia, ma non la translazione, e per conseguenza l' antico Legato rimarrebbe estinto, senza che prendesse vita un nuovo legato (*fr. 20 Dig. h. t. XXXIV, 4 - fr. 34 pr. Dig. de Legat.* XXX), - Un Legato passa da un Legatario all' altro, con tutti i suoi accessorj, modalità, ed oneri: *cum sua causa* (*fr, 24 pr. Dig. de adim.*

legat. XXXIV, *4 - fr. 95 Dig. de adim leg.* XXX*IV*, *1*). Se il secondo legatario è, o diviene incapace di acquistare il Legato a lui trasferito, o lo rifiuta, non per questo rimane inutile la revoca del Legato a favore del primo legatario; tal revoca anzi sussiste, perchè la volontà del testatore di operarla, è evidente (*fr. 20 Dig. h. t. XXX, 4*). Ma se il testatore volle operare una translazione del Legato relativamente alla cosa soltanto, e la nuova cosa sostituita alla prima fu da lui data invalidamente, il legato della prima sussiste, perchè la volontà del testatore era di far godere il Legatario di una sua liberalità (*fr. 18 Dig. de Legatis* XXXII). Del resto è essenziale esaminare, se piuttosto che una translazione, il testatore volle fare una congiunzione di legatarj (*fr. 33 fr. 34 pr. Dig. de Legatis* XXX), e la sua volontà deve valere.

C), Per alcune circostanze indipendenti dalla volontà del testatore, il legato può estinguersi (*legatum extinguitur*). Tali sono le appresso:

1° Se il legatario premuore al testatore, e sopravvivendogli, muore prima di avere acquistato il diritto sul legato e senza avere un collegatario (*cost. un* §. 2, *4*, 7, *Cod. de cad. toll. VI, 51*).

2° Se la condizione, dalla quale dipende l' acquisto del Diritto sul legato, non si verifica.

3.° Se il testamento, che contiene il legato, diviene *ruptum*, *irritum*, *destitutum.*

4. Se il legatario ha già acquistato a titolo lucrativo, la cosa che gli viene legata.

5. Se la *specie* legata perisce, senza colpa dell' Erede.

D) Vi sono casi nei quali il Legato si ritiene *pro non scripto* (*Dig. Lib.* XXXIV. *Tit. 8 de his quæ pro non scriptis habentur*), come se il testatore si fosse espresso con tanta ambiguità, che non si potesse rilevare il suo volere (*fr. 2 h. t.*) o avesse lasciato un legato a favore di una persona condannata *in metallum*, o a favore di un servo altrui, ma poi dal Testatore comprato (*fr.* 3 *Dig. eod.*); o se il legatario scrisse da se il legato a proprio favore (*fr. 4 Dig. eod.*) sebbene sotto

la dettatura del testatore: perchè è questo sempre un legatario sospetto.

E, Finalmente in altre casi le leggi sottraggono a certi Legatarj i legati, come *indegni* di riceverli (*legatum aufertur, eripitur*) :il legato si dice allora *ereptitium* (*Dig. Lib.* XXXIV. *tit. 9 de his qui ut indignis auferuntur - Cod. Lib. VI. tit.* 35 *eod.*) ; ciò avviene in generale , quando il Legatario commette un delitto contro il Testatore. Ma di ciò dovremo tornare a parlare fra breve.

VIII. *Azioni spettanti ai Legatarj.*

§. 849. Allorquando i Legati si ordinavano con formule determinate differenti , ai Legatarj competevano azioni diverse a seconda di quelle formule. Vedemmo infatti che nel Legato *per vindicationem*, il legatario aveva la *rei vindicatio;* aveva un *actio personalis, o condictio ex testamento* nel legato per *damnationem o sinendi modo*; l' *actio familiæ erciscundæ* nel *legatum per præceptionem*; ma in Gius Nuovo unificati i Legati, quattro sono le azioni che spettano ai Legatarj: due comuni a tutti, due speciali.

a) Comuni a tutti sono :

1.º *l' actio personalis ex testamento*, detta *(actio legati*, se l' erede è legittimo e non testamentario) nascente dal quasi contratto dell' *hereditatis aditio*, e con la quale il legatario costringe l' erede alla prestazione del Legato (*Istit.* §. *5 de oblig. quæ ex quasi contractu nascuntur III,* 28 - *Istit.* §. 2 *Dig. de Legatis II,* 20 - *fr.* 69 §. *5 fr.* 82 *pr. Dig. de Legatis XXX.* - *fr.* 20 §. *3 Dig. de Legatis XXXII, fr.* 75 *Dig. ad legem falcidiam XXXV,* 2)

2.º *L' actio hypothecaria*, derivante dall' ipoteca legale che Giustiniano accordò al Legatario sulle cose ereditarie, pervenute nella persona onerata del Legato (*cost.* 1 *Cod. comm. de leg. VI,* 43) per garanzìa, del pagamento del legato stesso.

b) *Azioni speciali* sono:

1.º *La Rei vindicatio* con la quale il legatario cui fu lasciata una *specie* appartenente al Testatore, può ripeterla dalle

mani di chiunque (*cost.* 1 *e cost.* 3 §. 2 *Cod. com. de leg. VI,* 43).

2.° *L'Actio confessoria*, con la quale il Legatario di un qualche *jus in re*, lo può far valere.

§. 850. Allorquando il legato era fatto sotto condizione sospensiva, o *ex die*, o il legatario per un motivo qualunque non poteva esigere subito il legato; il legatario aveva diritto che l'erede, o la persona obbligata a prestarglielo gli desse cauzione per via di mallevadori, *legatorum servandorum causa cautio* (*Dig. Lib.* XXXVI, *tit.* 3 *ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur* - *Cod. Lib. VI, Tit.* 54 *eod.*) e se questa cauzione gli veniva ricusata, otteneva la immissione nel possesso dei beni del defunto (*Dig. Lib.* XXXVI. *tit.* 4 *ut in possessionem legatorum seu fideicommissorum servandorum causa, esse liceat* - *Cod. Lib. VI, Tit.* 54 *ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa mittatur, et quando satisdari debeat*). Ma questa cauzione è divenuta inutile, dopo la ipoteca legale accordata al Legatario.

§. 851. Per altra parte l'Erede, contro il Legatario che arbitrariamente ha preso possesso delle cose legategli, ha l'interdetto *quod legatorum* per farsele restituire, *ut quod quis legatorum nomine, non ex voluntate heredis occupaverit, id restituat heredi* (*Dig. Lib. XLIII, tit.* 3 *quod Legatorum. Cod. Lib. VIII, tit.* 3 *eodem*). Inoltre l'erede ha diversi mezzi giuridici per ottenere la *quarta*, che per la legge Falcidia gli spetta. Così ha l'*jus retentionis* sulle cose legate che sono in sua mano, per ottenere la riduzione del legato (*fr.* 15 §. 1 *Dig. ad legem falcid.* XXXV, 1); ha la *condictio indebiti* per ripetere quella parte del legato, che avrebbe potuto ritenere (*cost. 9 Cod. ad leg. falcid. VI, 50*) e che pagò intiero per errore di fatto; ha l'*actio de dolo* se per inganno del Legatario si lasciò indurre a pagargli l'intiero legato (*fr* 23 *Dig. de dolo malo IV, 3.*); finalmente ha la *rei vindicatio* se la cosa legata, è già presso il legatario, senza che egli gliela abbia consegnata, ed è cosa corporale (*fr.* 26 *pr. Dig. ad legem falcid.* XXX, 2) altrimenti *l'actio utilis in factum* (*fr.* 77 § 2 *Dig. de Legatis* XXXI.).

§. 852. Nell' epoca Giustinianea il fedecommissario ha per ripetere le cose lasciategli per fedecommesso *singolare*, le stesse azioni che il legatario, perocchè legati e fedecommessi singolari sono stati parificati. -

CAPITOLO V.

Del Legatum partitionis e della Fideicommissaria hereditas

Istit. Lib. II, Tit. 23 de fideicommissariis hereditatitibus - Dig. Lib. XXXVI, *Tit 1 Ad Senatusconsultum Trebellianum - Cod. Lib. VI, Tit. 49 ad Senatusconsultum Trebellianum.*

§. 853. Il Legatario ed il Fedecommissario sono successori a titolo singolare, perchè il Legato e il Fedecommesso sono *delibationes hereditas*; suppongono una eredità ed un erede, a carico della quale, e dal quale sono prestati. Ma questa idea così semplice, si complica quando il Legato, ed il Fedecommesso hanno per objetto non già una o più cose singole, ma invece una quota di eredità, o tutta l' eredità. - Una quota di eredità poteva lasciarsi per Legato; il quale prendeva allora il titolo di *Legatum partitionis;* tutta l' eredità non poteva mai lasciarsi per legato; era lecito per altro fedecommettere all' erede di restituire una quota della eredità, o tutta l' eredità in cui era istituito, o cui per legge veniva chiamato; allora dicevasi esistere un *fideicommissum hereditatis*, una *fideicommissaria hereditas*. Il *fideicommissum hereditatis*, differiva dal *Legatum partitionis* oltre che nella forma eziandìo nella circostanza che il *fideicommissum* poteva comprendere tutta l' eredità, non che una parte aliquota della medesima: mentre il *Legatum partitionis* non poteva comprendere che una parte aliquota dell' eredità; tuttavolta fra il Legatario del *Legatum partitionis*, e l'Erede, nascevano relazioni fino ad un certo punto analoghe a quelle che nascevano fra il *fedecommessario* e il *fiduciario.* E per questa, e per l' altra ragione che il *Legatum partitionis*, valse poi come un *fideicommissum he-*

reditatis, noi trattiamo insieme del *Legatum partitionis* e del *fideicommissum hereditatis*.

A). *Legatum Partitionis*

§. 854. Era lecito al Testatore imporre all' erede di dividere la sua eredità con una persona determinata: *Heres meus, cum Titio hereditatem partito, dividito*; allora Tizio era legatario della metà dei beni; ma poteva legarsi in questa guisa qualunque altra parte aliquota dell' eredità: p. e. la terza o la quarta parte: *qua species*, questa specie di Legato, dice Ulpiano, *partitio appellatur* (*Ulp.* XXIV, 25), e tal Legatario si diceva *partiarius* (*Gajo II*, 254). Ove il testatore non avesse fissato la parte aliquota, si intendeva che fosse la metà (*fr. 164 §. 1 Dig. de verb. signif. L.* 16). I Proculiani pretendevano che il Legatario *partiarius*, dovesse ricevere in natura la parte aliquota dei beni legatagli, come un coerede; i Sabiniani invece sostenevano, che egli dovesse riceverne il corrispondente valore. In seguito prevalse la regola, che contro l' Erede il Legatario potesse chiedere in natura la quota dovutagli, intimandolo a dividere l' eredità; ma che se tal divisione riuscisse difficile, fosse in arbitrio dell' erede, pagargli invece in contanti il valore di quella quota, o dargli in pagamento della medesima alcune delle cose ereditarie, senza spartirle tutte singolarmente (*fr. 26, fr. 27 Dig. de Legatis* XXX). Il Legatario di un *Legatum partitionis*, fu sempre considerato come un successore a titolo singolare, non mai come un erede; l' esistenza del suo Legato presuppose ognora l' esistenza d' un erede: se l' istituzione di questo era invalidata, lo era pure la *partitio*. Quindi i debiti ed i crediti ereditarj non passarono in tal Legatario; i creditori ereditarj non ebbero azione contro di lui, nè egli ebbe azione contro i debitori della eredità; quei primi poterono escutere soltanto l' erede, e l' erede solo potè escutere questi ultimi. Per tale motivo si sentiva il bisogno di convenzioni fra Erede e Legatario, relativamente a tali debiti e crediti ereditarj, con le quali l' erede promettesse di dividere quanto avesse riscosso dai Creditori, ed il Legatario di rimborsare all' erede

quella porzione dei debiti ereditarj, che questi avesse pagato per lui. Tali convenzioni furono rivestite della forma della *stipulatio*, ed ebbero nome di *stipulationes partis et pro parte* (*Ulp. XXV, 15 - Paolo IV - 3, 1 - Gajo II*, 254). - Il *Legatum partitionis* è sparito in Gius Nuovo; esso si considera come un fedecommesso universale (*cost. 2 Cod. commun. de Legat. VI, 43*).

B). *Fideicommissum Hereditatis*, o *Fideicommissaria Hereditas*

§. 855.. In Diritto antico, e fino ai tempi di Nerone, la persona che era stata istituita erede, ma con la commissione alla sua coscienza affidata, di restituire tutta la eredità, od una parte aliquota della medesima, era considerato come un vero proprio erede, *heres fiduciarius*; rispettandosi religiosamente il principio *semel heres. semper heres*, lui solo si diceva continuare la personalità giuridica del defunto per riguardo ai beni, in lui solo si riconosceva il Diritto di esercitare le azioni tutte, che al defunto competevano; lui solo era lecito ai creditori del defunto escutere. Ma quando l' erede fiduciario aveva restituito tutta l' eredità al fedecommessario, voleva giustizia che su quest' ultimo in sostanza ne ricadessero effettivamente tutte le conseguenze; e che quando l'erede fiduciario avesse restituito una parte aliquota dell' eredità al fedecommessario per questa parte esso contribuisse proporzionatamente al comodo e al danno. - A conciliare questo principio di giustizia morale col rigoroso principio del Diritto Civile: *semel heres, semper heres*, si facevano degli accomodamenti per via di stipulazione fra l' erede fiduciario ed il fedecommessario. L' erede fiduciario faceva una vendita fittizia della eredità al fedecommessario per una sola moneta (*mummo uno*), ed a questa vendita si apponevano diverse stipulazioni, come se fosse stata una vera e propria vendita dell' eredità, una vendita seria (*stipulationes quasi emtæ et venditæ hereditatis - Gajo II*, 252). Queste *stipulationes emtæ et venditæ hereditatis* avvenivano, sia che l' erede fiduciario avesse dovuto restituire tutta l' eredità, sia che avesse dovuto restituir-

ne una parte: ma ai tempi di Nerone, essendo Consoli Trebellio Massimo e Anneo Seneca, fu emanato un Senatusconsultò, il quale stabilì: che se l' Eredità dovesse essere tutta restituita per fedecommesso, le azioni le quali pel Diritto Civile spettavano all' erede fiduciario, passassero al fedecommissario, e che fossero viceversa esercibili contro il fedecommessario le azioni, che avrebbero potuto essere esercitate contro l' Erede fiduciario; le une e le altre per altro, come azioni *utiles*; che se lo Erede fiduciario avesse restituito una parte dell' Eredità, le azioni si dividessero fra lui ed il fedecommessario *pro rata*. Per cotal guisa il fedecommissario non ebbe più bisogno delle stipulazioni suddescritte, la restituzione operò a suo favore una successione a titolo universale, ed egli ottenne il posto dell' erede, fu nel luogo di un erede (*heredis loco*) (*Gajo II*, 255 - *Istit.* §, *4 h. t. II*, *23*). L' Erede fiduciario aveva libera facoltà di accettare o di rifiutare l' eredità fedecommessaria: e non era infrequente il caso che egli la ricusasse, perchè essendogli commesso di restituirla intiera, o per la massima parte, non ne risentiva vantaggio alcuno, o troppo sottile vantaggio: allora le volontà del defunto rimanevano frustrate di effetto. Ad ovviare a questo inconveniente, sotto il Regno di Vespasiano, essendo Consoli Pegaso e Pusione, provvide il Senatusconsulto Pegasiano, il quale ordinò, che la legge Falcidia fosse estesa ai Fedecommessi Universali, attalchè l' Erede Fiduciario pregato a restituire tutta l'Eredità, avesse facoltà di ritenerne la *quarta parte* (*Gajo II*, 254 - *Istit.* §. *4 de fideicom. hered II*, *23*). Il Fedecommessario fu per cotal guisa trattato come un Legatario, fu *loco Legatarii*. Considerandolo come un Legatario, egli non aveva azioni per la sua parte di eredità, nè contro di lui potevano essere intentate. Appunto perchè era tenuto quale un Legatario e Legatario parziario (*Legatarius partiarius*), I Crediti ed i Debiti dell' Eredità stavano a favore e respettivamente a carico dell' erede fiduciario, che solo poteva esigere quelli, e venire escusso per questi. Onde la necessità per l' Erede Fiduciario e pel Fedecommessario, di tenersi respettivamente conto degli uni e degli altri; lo che facevano mediante quelle *stipulationes partis et pro parte*, sul lucro e sul danno da repartirsi

fra loro *(de lucro et danno pro rata parte communicanda)*, di cui abbiamo parlato trattando del *Legatum partitionis* (*Gajo II, 254*). Il Senatusconsulto Pegasiano non abolì il Trebelliano: ambedue coesisterono e furono applicati a casi diversi. - Ricorreva l'applicazione del Senatusconsulto Trebelliano, se l'Erede Fiduciario era stato pregato di restituire *meno dei tre quarti* dell'Eredità; ricorreva l'applicazione del Senatusconsulto Pegasiano, se l'erede fiduciario era stato pregato di restituire *tutta l'eredità, o più dei tre quarti della medesima*. (*Istit.* §. *6 de fid. hered. II, 23*), Ricorrendo l'applicazione del Senatusconsulto Pegasiano, le azioni si dividevano *ipso jure*, o *ipso jure* passavano tutte nel fedecommissario: ed egli stava *heredis loco*, ricorrendo invece l'applicazione del Trebelliano, il Fedecommessario era *Legatarii loco*; le azioni non si dividevano, ed era necessario ricorrere alle *stipulationes partis et pro parte*. - In tale stato di cose, Giustianiano reputò opportuno di modificare la Legislazione su questo proposito. E bene a ragione. - Infatti le stipulazioni alle quali dava luogo il senatusconsulto Pegasiano, fra l'Erede Fiduciario ed il Fedecommessario facevano correre tanto al Fiduciario quanto al Fedecommessario il pericolo della loro respettiva insolvenza; grande complicanza derivava poi dal coesistere di quei due Senatusconsulti. - Giustiniano studioso della semplicità nella legislazione, amalgamò il disposto di quei due Senatusconsulti, conservando il nome di Senatusconsulto Trebelliano alla nuova legge, che con la fusione delle due anteriori egli venne a comporre (*Istit.* §. *7. h t. II*, 23). I principj di questa furono i seguenti:

1.° L'Erede fiduciario, che deve restituire un fedecommesso universale, ha sempre il diritto di ritenere la *quarta* parte della sua porzione ereditaria.

2.° I crediti ed i Debiti dell'Eredità, sono considerati come divisi *ipso jure* fra il fiduciario ed il fidecommissario, il quale ultimo è sempre *heredis loco* (*Istit.* §. *7 h. t. II, 23 - cost. 7* §. *1 Cod. ad. Senat. Trebell. VI, 49*).

3.° Il Fiduciario, che non vuole accettare l'eredità fedecommissaria, può essere obbligato a farlo; a rischio e pericolo del fiduciario al quale restituisce la eredità tutta intiera. Ma in

tal caso il fiduciario perde in pena del suo rifiuto il diritto alla *quarta*, e tutti gli altri vantaggi ai quali avrebbe potuto pretendere, fondandosi sulle disposizioni di ultima volontà del defunto (*fr 4 fr. 27 §. 14, 15 fr. 43 fr. 55 §. 3 - fr. 28 §. 1 Dig. ad Senatusc. Trebell.* XXXVI, 1).

4.° Il fiduciario che ha accettato l'eredità fedecommessaria, se ne è in possesso, può essere obbligato dal fedecommissario, con una azione personale *ex testamento* a restituirgliela; se non ne è in possesso deve almeno verbalmente restituirla ed il fedecommissario ha contro il terzo possessore che possiede quell'eredità *pro herede* o *pro possessore*, la *hereditatis petitio fideicommissaria* (*fr. 37 fr. 63 pr. Dig. ibid. - Dig. Lib. V. Tit. 6 de fideicom. hered. petit*).

§ 856. Il fedecommesso universale, nel Diritto Giustinianeo produce tutti gli effetti di una successione universale, ma riguardo al modo col quale può essere ordinato ed acquistato, è sempre considerato come un Legato. Infatti può essere ordinato in qualunque atto di ultima volontà incaricando del medesimo sia l'erede testamentario, sia il legittimo, è valido ancora se senza nessuna formalità il defunto ne incaricò personalmente lo erede fiduciario, ma in tal caso il fedecommissario non può provare il suo diritto se non deferendo il giuramento all'erede fiduciario (*Istit. §. 2 de Codicillis II, 25 - Istit. §. 12 h. t. II, 23 - cost. 32 Cod de fideicom. VI, 42.*). E le regole sull'acquisto dei legati, valgono ancora per i fedecommessi universali (*Istit. 2 in fine h. t. II, 23*). Ma soltanto l'erede può essere incarito della restituzione di un fedecommesso universale; tutti quelli che ricevono una qualche liberalità dal disponente, possono essere incaricati della restituzione di un fedecommesso particolare, e perfino il fedecommissario può essere pregato di restituire alla sua volta la cosa, che per fedecommesso gli fu da un primo erede fiduciario restituita (*Istit. §. 11 h. t. II, 23*).

§. 857. L'Erede fiduciario deve restituire il fedecommesso all'epoca stabilita dal defunto, e se questi non la stabilì deve operare quella restituzione immediatamente dopo avere accettata l'eredità (*fr. 41 §. ult. Dig. de Legatis* XXXII). Ha sempre diritto di essere rimborsato delle spese necessarie o utili

che ha fatto sulle cose del fedecommesso o per vantaggio del fedecommissario, ma riguardo alle spese voluttuose può esercitare soltanto *l' jus tollendi* (*fr.* 19 §. 2 *fr.* 22 §. 5 *Dig. ad S. C. Trebell.* XXXVI, 1 - *fr.* 1 *fr.* 58 *Dig. de Legatis* XXX, *fr.* 40 §. 1 *Dig. de condict. indeb. XII, 6*); ma per altra parte è responsabile del danno derivante dalla sua *culpa* (*fr.* 22 §. 5 *Dig. ad S. C. Trebell. XXXVI, 1*).

§. 858. La *quarta*, che l' Erede fiduciario può ritenere sull' Eredità, che per fedecommesso egli restituisce, sebbene comunemente chiamata *Trebellianica*, in realtà non è che la quarta, ordinata dalla legge Falcidia, applicata ai Fedecommessi universali, e perciò nelle nostre Fonti è sempre chiamata *quarta* oppure *Falcidia* (*fr.* 16 §. 9 *fr.* 22 § 2 *fr.* 27 §. 10 *fr.* 50 *pr. Dig. ad S. C. Trebell. XXXVI*, 1). Di quì deriva, che i principj da noi accennati come proprj dalla legge Falcidia, applicata ai Legati, valgono ancora per la legge stessa, applicata ai fedecommessi universali. Per conseguenza la *quarta* non può detrarsi da un fedecommesso universale, in tutti i casi nei quali non potrebbe detrarsi dai Legati (*fr.* 1 §. 18 *fr.* 3 §. 1 *fr.* 4, *fr.* 45 *Dig. ad S. C. Trebell. XXXVI. 1* - *Nov.* 1 *cap.* 2 §. 2). E se esistono più eredi fiduciarj incaricati di un fedecommesso universale, ognuno di essi può ritenere la *quarta* in proporzione della sua quota ereditaria (*Istit.* §, 1 *de lege falcid. II*, 22).

§. 859. L' Erede fiduciario, finchè è nel possesso dell' eredità fedecommessaria, come erede ne è proprietario, e perciò potrebbe alienarla. E nel diritto antico questa alienazione era lecita tanto che il fedecommessario, a cui danno era stata consumata, aveva soltanto una azione per ottenere la restituzione del fedecommesso e la riparazione del danno (*fr.* 5 §. 3 *fr.* 19 §. 2 *fr.* 70 §. 1 *Dig. ad S. C. Trebell.* XXXVI, 1). Ma Giustiniano proibì l' alienazione dei beni, che fanno parte del fedecommesso, e la dichiarò nulla in favore del fedecommessario (*cost.* 5 §. 2, 5 *Cod. comm. de legat. VI*, 43 - *Nov.* 159). In Gius Nuovo dunque, al fiduciario non è lecito *in generale*, alienare le cose del fedecommesso, ammenochè il testatore non glielo abbia permesso, o le parti interessate vi consentano (*fr.* 70 § 5 *fr.* 71, 72 *Dig. de Legatis* XXXI - *auth. contra Cod.*

VI. 49 - fr. 120 §. *1 de legatis* XXX. - *cost. 11 Cod. de fideicom. VI, 42)*, oppure l'alienazione sia fatta per pagare dei debiti o dei legati *(fr. 114* §. *14 in f. Dig. de Legatis* XXX. - *fr. 38 pr Dig. de Legatis* XXXII,). Un altro caso di eccezione si verifica a favore del fiduciario, il quale ha l' obbligo di restituire il fedecommesso alla propria morte; se egli ha bisogno di costituire una dote, o una *donatio propter nuptias*, nè ha mezzi, per farlo, può procurarseli con l' alienazione delle cose fedecommissarie (*Nov. 39 cap. 1 e Nov. 108 cap. 1*). Ma se il Testatore avesse imposto all' erede fiduciario di restituire al fedecommessario, solamente quello che rimarrà dell' Eredità il dì della morte di lui fiduciario (*fideicommissum ejus quod superfuturum est*), detto fiduciario avrebbe facoltà di alienare i tre quarti dell' Eredità fedecommessaria , e non avrebbe obbligo di restituire al fedecommessario che un quarto (*Nov. 108 cap. 1 e 2*).

§. 860. Il Fedecommesso universale si estingue, oltre che in tutti i casi nei quali l' atto di ultima volontà che lo contiene, è invalido o lo diviene; eziandìo:

1° Per renunzia del fedecommessario (*cost. 26 Cod. de fideicom. VI, 42.*).

2.° Per morte del fedecommessario anteriore all' acquisto del diritto sul fedecommesso.

3°. Pel non verificarsi della condizione, cui la restituzione fu sottoposta (*fr. 102 Dig. de cond. et demonstrat. XXXV, 1 - cost. 30 Cod. de fideicom. VI, 42 - cost. 5* §. *5 Cod. comm. de legat. VI, 43*).

4.° Per la estinzione della famiglia, a cui favore fu fondato (*fr. 78* §. *3 Dig.* XXXI), supposto che fosse un fedecommesso familiare perpetuo (*Nov. 159*).

CAPITOLO VI.

Delle Donazioni e Capioni *mortis causa*.

Dig. Lib XXXIX, *Tit. 6 de mortis causa Donationibus et Capionibus - Cod. Lib. VIII, tit. 57 de Donationibus mortis causa.*

§. 861. Nel trattare dei Patti Legittimi, fu per noi data la definizione della Donazione in generale (Vedi sopra §. 396 pag. 190), e fu dichiarata la distinzione fra Donazioni *inter vivos* e donazioni *mortis causa*. Era questione fra gli antichi Giureconsulti, se le Donazioni *mortis causa* dovessero venire collocate fra le Donazioni o fra i Legati, avendo rassomiglianza con le une e con gli altri. Giustiniano, (come avvertono i Compilatori delle sue Istituzioni §. 1 *Tit. VII, de Donationibus Lib. II.*) decise che si avessero a considerare quasi in tutto come legati: *per omnia fere legatis connumerentur.* (*Istit.* §. *1 l. at - cost. 4 Cod. h. t. - Nov. 87 cap.* 1). Egli è perciò che noi ne trattiamo di seguito ai Legati ed ai Fedecommessi.

§. 862. Il carattere distintivo delle Donazioni *mortis causa* è l'esser fatte in *previsione della morte*, e l'essere *subordinate nella loro efficacia, alla condizione della premorienza del Donante al Donatario.* L'idea che domina la *mortis causa donatio* può formularsi, come dicemmo altra volta (Vedi sopra §. 400 pag. 195) in questi termini: Il Donante, preferisce il Donatario ai suoi eredi, ma preferisce al Donatario se stesso (*fr. 1 pr. fr. 35* §, *2 Dig. h. t. - Istit* §. *1 de donat. II, 7*).

§. 863. In due maniere la premorienza del Donante, può essere posta in condizione della *mortis causa donatio*:

a) Il Donante può donare col semplice pensiero generico della propria morte, anteriore a quella del donatario (*sola morte cogitatione*) p. e. può dire: ti dono il mio cavallo, se morirò prima di te (*fr. 2 pr. Dig. de mortis causa donat.* XXXIX, 6 - *fr. 31* §. *2 in f. fr. 35* §. *4 Dig. eod.*), oppure

b) il Donante può donare col pensiero della propria morte anteriore a quella del Donatario, ma qual conseguenza temuta di

un determinato pericolo imminente: p. e. può dire ti dono il mio cavallo, se morirò della malattìa che ora mi affligge (*fr. 3 - 6 fr. 8 §. 1 Dig. h. t. - Istit. §. 1 de donat. II, 7 Paolo III, 7*). Nel *primo* caso *a*), la premorienza del Donatario conferma la Donazione; nel secondo:

b) è la premorienza del Donatario, ma come conseguenza del determinato pericolo da lui contemplato, che vale a confermare la Donazione; laonde se il Donante sfugge a quel pericolo, p. e. se guarisce dalla malattia che l'affliggeva, la Donazione è nulla.

§. 864. La Donazione *mortis causa* può essere fatta in due forme esterne diverse

1.° Con la forma di una Convenzione.

2.° Con la forma di un Codicillo.

1.° Se è fatta con la forma di una Convenzione, esige l'accettazione del Donatario; e superando i 500 solidi abbisogna di insinuazione.

2.° Se è fatta con la forma di un Codicillo, esige la presenza di 5 Testimoni e non addimanda insinuazione (*cost. 4 Cod. de mortis causa donat.*); ma come le Donazioni in generale, può essere effettuatesia *dando*, sia *promittendo*, sia *liberando.*

§. 865. Le Donazioni *mortis causa* furono parificate ai Legati in molti punti, ma non in tutti.

I) Parificate furono in questo:

a) nella capacità delle persone, che ne sono objetto. Chi non è capace di acquistare un Legato, non è capace di acquistare una *Donatio mortis causa* (*fr. 55 Dig. h. t.*).

b) circa alla *quarta Falcidia.* Le Donazioni *mortis causa* sono sottoposte come i legati alla detrazione della quarta (*cost. 5 Cod. ad leg. Falcid. VI. 50 - cost. 2 Cod. de don. causa mortis VIII, 57.*).

c) per riguardo alla remissione dalla *cautio usufructuaria.* Non può farsi questa remissione a favore del legatario dell'usufrutto, come non può farsi a favore del Donatario *mortis causa* dell'usufrutto (*cost. 7 Cod. ut in poss. VI, 54 - Vedi Vol. I. Lib. II. §. 158. 2 pag. 598, 599.*)

d) per riguardo ai peculj castrense e quasi castrense. I figli

di famiglia militari possono testarne, e per conseguenza farne legati, come possono farne donazioni *mortis causa* (*fr.* 15 *Dig. h. t.*).

e) per riguardo ai fedecommessi. Di questi possono essere incaricati i legatarj, come i donatarj *mortis causa* (*fr.* 11 *Dig. de dote præleg. XXIII, 4 - fr. 77 §. 1 Dig. de legatis* XXXI. *fr. 8 §. 2 Dig. de transact. II, 15 - cost. 1 Cod. de don. caus. mortis VIII, 57.*).

f) per riguardo alla *bonorum possessio contra tabulas*. Essa annulla le Donazioni *mortis causa*, nella stessa maniera dei legati (*fr. 5 pr. fr. 5 §. 7 fr. 20 Dig. de leg. præst.* XXXVII, 5).

II.) Nonostante questi punti, nei quali i Legati e le Donazioni *mortis causa* furono parificati, e nonostante le *analogie*, che occorrono fra loro, specialmente per riguardo alla loro estinzione, la quale si verifica così per revoca del Legato, come per revoca della Donazione *mortis causa*, per premorienza del Legatario al Testatore, e per premorienza del Donatario al Donante, nonostante tuttociò ripetiamolo, occorrono alcune differenze fra questi due enti giuridici, eziandìo nel Diritto Giustinianeo ed in fatti:

a) La *Donatio mortis causa* può assumere la forma di una Convenzione, il *Legato* non mai.

b) la *Donatio mortis causa* non ripete la sua validità dall' adizione dell' Eredità, come il Legato, bensì dalla premorienza del Donante al Donatario (*fr. 25 fr. 32 Dig. h. t.*).

(*c*) La capacità del donatario ad acquistare, non si considera, come nel Legato, riferendosi al tempo della disposizione, bensì a quello della morte (*fr. 22 Dig. h t.*),

(*d*) un figlio di famiglia può col consenso paterno, donare *mortis causa* il suo peculio avventizio, ma non già testarne e farne legati (*fr 25 §. 1 Dig. eod.*),

(*e*) il donatario che ha impugnato inutilmente come inofficioso il testamento; non perde la donazione *mortis causa*; mentre perderebbe il Legato, nel caso stesso, il Legatario (*fr. 5 §. 14, 17, Dig. de his quæ ut. indigere. XXXIV, 9*).

§. 866. La Donazione *mortis causa* si estingue:

1° per la revoca del Donante che ha la facoltà di farla

quando non abbia espressamente rinunziato a tal facoltà, mediante convenzione (*fr.* 13 §. 1 *fr.* 35 §. 4 *Dig. h, t.*)

2°. per lo scampare del Donatario a quel pericolo determinato di morte, in vista del quale aveva donato (*Istit.* §. 1 *h. t. II*, 7 - *fr.* 29 *Dig. eod.*)

3°. per la premorienza del Donatario, al Donante (*fr.* 26 *Dig. eod.*).

4°. per la spontanea alienazione, o trasformazione della cosa donata, fatta dal Donante.

§. 867. Allorquando una Donazione *mortis causa*, già eseguita diviene nulla, il Donante può rivendicare la cosa donata in mano di chiunque essa si trovi (*fr.* 29 *Dig. de mortis causa donat XXXIX*, 6). Se poi objetto della Donazione fu cosa non suscettiva di *rei vindicatio*, può intentare la *condictio sine causa*, o l' *actio præscriptis verbis* (*fr.* 18 §. 1 *fr.* 35 §. 3 *Dig. eod.*). E se la cosa donata fosse perita per una ragione imputabile al Donatario, questi sarebbe obbligato a restituirne il valore (*fr.* 39 *Dig. eod.*); se l' avesse venduta, dovrebbe restituire il prezzo, o la cosa stessa, a scelta del Donante (*fr.* 37 §. 1 *Dig. eod.*).

§. 868. Dalla *Donatio mortis causa*, è necessario distinguere la *mortis causa capio*: L' idea della *mortis causa capio* è più generale, ed abbraccia tutti gli acquisti *mortis causa*, che non hanno nome speciale, che non sono dunque, Legati, Fedecommessi, nè Donazioni; rientrano in questa categorìa, p. e: ciò che il padre dà ai poveri nell' occasione della morte del figlio; ciò che il servo manomosso per testamento, o il Legatario prestano allo erede, per obbedire alla condizione loro imposta dal testatore ec. (*fr.* 8, *fr.* 38 *Dig. h. t. XXXIX* 6).

PARTE VII.

Altre Successioni Mortis Causa

§. 869. Esistono persone, che possono succedere *mortis causa* nei beni di un defunto, senza esserne eredi, o senza che il defunto abbia loro lasciato. un Legato un Fedecommesso, nè fatta una donazione *mortis causa*. - I casi nei quali tali successioni si verificano, hanno analogìa ora con l' eredità ora coi Legati, perchè talvolta la successione avviene *per universitatem*, talvolta è una *singularis successio*.

I. *Bona vacantia.* (*Cod. Lib. X, de bonis vacantibus*). Quando a Roma una eredità rimaneva vacante, in origine lo Stato non aveva nessuna pretesa sulla medesima; erano considerate come cose *nullius*, quelle che la componevano, e ognuno poteva appropriarsele. Ma ai tempi di Augusto, lo Stato cominciò a rivendicare e appropriarsi (*vindicare, occupare*), quei beni (*Cajo II. 150 - Ulpiano XXVIII, 7*). Da primo, questi *bona vacantia* andarono all'*Ærarium*, poi al *Fiscus* (*fr. 96* §. 2 *Dig. de Leg. I, 30*), che non si chiamò *heres*, erede, ma che fu trattato come un successore a titolo universale, quale è l' erede, che fu dunque *loco heredis*. - Ma il Fisco fu escluso dai possessori delle cose ereditarie con la *præscriptio quadriennii*, dal tempo della vacanza (Vedi sopra §. 731 pag. 476); e dopo Adriano e più dopo Costantino, Teodosio II. e Valentiniano III., vi furono persone, che in certi casi furono preferiti al Fisco (Vedi sopra §. 730 pag. 475 in fine).

II. *Addictio bonorum libertatum servandarum causa* (*Istit. Lib. III, Tit. 12 de eo cui libertatis causa bona addicuntur*). - Affinchè avessero efficacia le manomissioni ordinate dal testatore, l' eredità Testamentaria a cui carico erano imposte, eredità che nessuno fra gli eredi istituiti voleva o poteva accettare, fu dopo Marco Aurelio, aggiudicata (*addicta*) ad uno dei servi manomessi nel Testamento o ad un terzo estraneo (*extraneus*) (*fr. 2 4 Dig. de fideicom. lib. XL, 5*). Ma per ottenere questa *addictio ex constitutione Divi Marci*, faceva di mestiere ga-

rantire mediante mallevadori, il pagamento integrale dei creditori ereditarj, e la manommissione dei servi, cui la libertà era stata lasciata per Fedecommesso. - Ciò facendo l' aggiudicatario diveniva un successore a titolo universale.

III. *Caduca.* Già più volte fu data la nozione del *Caducum* (Vedi Vol. I. Lib. II. §. 88 pag. 504, - Vol. II. Lib. II. §. 665 pag. 413 e seg. e specialmente il §. 838 pag. 564). Le disposizioni *caduca* e quelle loro assomigliate, in *causa caduci*, furono dalle leggi *Julia e Papia Poppea* attribuite ai *patres* scritti nel testamento: e furono attribuite prima agli eredi poi ai legatarj. Il *collegatarius conjunctus*, (cioè *conjunctus re et verbis*, o *verbis tantum*, non quello *re tantum*) fu preferito a tutti gli eredi o collegatarii; (*fr. 89*, *Dig. de Legatis XXX.*); in mancanza di queste persone comprese nel testamento, e aventi figli *qui in eo testamento liberos habent*, ossia che hanno *l'jus patruum*, succedeva il Fisco (*Gajo II*, *206 e 207*), che dopo Caracalla fu preferito a tutti (*Ulp. XVIII*). La successione fondata sulla caducità, era per *universitatem*, se caduca era una quota ereditaria, era una *successio singularis* trattandosi di un legato. Ma poco a poco la Legislazione sulla caducità fu modificata. Ai tempi di Trajano chi non poteva acquistare (*capere*) il legato o la quota ereditaria conferitigli, se da se denunziava al Fisco questa sua incapacità, in ricompensa riceveva una parte della eredità o del legato, attribuita dalla legge al *delator.* Costantino diminuì i casi di Caducità, e Giustiniano poi li soppresse tutti (*Vedi Cod. Lib. VI*, *Tit. 51 de caducis tollendis. Cod. Lib. VIII*, *tit. 58 de infirmandis pœnis cœlibatus et orbitatis et de decimariis sublatis*).

IV. *Ereptitium.* Abbiamo accennato altrove (Vedi Vol. I. Lib. 2 §. 89 pag. 504. e Vol. II. Lib. 2 §. 848 pag. 576) come vi sieno dei casi nei quali è tolta al Legatario o ad un erede la sua porzione ereditaria o il suo legato, a causa di indegnità (*ut indigno aufertur*, *ereptorium*). Per regola generale in questi casi acquista il Fisco, ma talvolta anche altre persone. Noi non staremo a riferire questi casi i quali possono venire riscontrati nel Digesto *Lib XXIX. tit. 5 de Senatusconsulto Silaniano et Claudiano*, *quorum testamenta ne aperiantur tit. 6 si quis ali-*

quem testari prohiberit vel coegerit. - *Lib.* XXXIV. *tit. 9 de his quae ut indignis auferuntur.* - *Lib. XLIX. tit. 14 de jure fisci* e nel Codice *Lib. VI, Tit. 31 si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit - tit. 34 de his quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad Senatusconsultum Silanianum* (Vedi su questo proposito Mackeldey §. 685). (a)

« (a) Non trattiamo nel Corso nostro della parte istorica delle *Azioni* e « in generale della *Procedura Civile Romana*, perchè in realtà queste sono « materie estranee all' insegnamento nostro, e perchè nel breve giro di un « anno Accademico, è impossibile illustrare anche queste. D' altronde di ogni « azione in particolare, istituzione per istituzione abbiamo detto a suffi- « cenza; e più di quello che su tale argomento si trovi negli ultimi Titoli del « Libro IV. delle Istituzioni Imperiali. Ciò nonpertanto non ci ricuseremmo a « pubblicare un breve *Saggio di Procedura Romana*, (che potrebbe servire « di Appendice a queste Istituzioni nostre), ogni qualvolta, i nostri Alunni « ce ne manifestassero il desiderio.

INDICE

del Volume II.

LIBRO SECONDO

Delle cose e dei Diritti Patrimoniali

Sezione II.

Dei Diritti Patrimoniali

TITOLO II.

AGGIUNTA ALL' ERRATA CORRIGE DEL 1º VOLUME

Pag.	Ver.	ERRATA	CORRIGE
271	16	*emancipar'o*	emanciparli
286	13	*emancipazioni*	mancipazioni
345	12	*delle medesime*	di quelle prime
494	31	*l'erede*	il Legatario
512	36	*diversi*	decorsi
513	1	*paralizzati*	paralizzate
586	10	*paries one*	paries oneris
588	15	*disposto se degli*	disposto degli
606	36	*usufruttuario*	usuario
616	24	*[in patiendo consistunt]*	in non facendo consistunt
655	31	*Estamento*	Testamento
658	32	*Al Marito*	Il Marito
658	35	*Alla Moglie*	La Moglie

ERRATA CORRIGE DEL 2º VOLUME

Pag.	Ver.	ERRATA	CORRIGE
6	23	*sue*	seu
16	25	*alle persone*	quelle persone
20	16	*il debitore*	il creditore
25	18	*levis*	levissima
57	26	*convenzione*	condizione
69	16	*pel tempo stabilito, scorso il quale deve*	delle quali, scorso il tempo stábilito deve
70	16	*constituum*	constitutum
76	15	*(B)*	(b)
77	21	*difficacia*	efficacia
105	20	*Tomo*	Libro
112	16	*Istit.*	Hist.
[illegible] (122)	32	*compratore*	venditore
145	35	*contenenti*	contraenti
157	19	*riconoscere*	riconosce
168	13	*Haeutont.*	Heautont.
169	23	*sperimentare*	farsi cedere
215	10	*danari*	crediti
218	8	*venditionis causá*	taxationis causa
222	14	*Giustiano*	Giustiniano
235	24	*e delle convenzioni*	a delle convenzioni
266	20	*dominus res gestae*	dominus rei gestae
272	27	*valgano*	valgono
298	32	*azione*	ozione
326	19	*che gli oppignorò*	che oppignorò
337	18	*dal creditore*	del creditore

Pag.	Ver.	ERRATA	CORRIGE
358	31	*il Testatore non abbia*	il defunto non abbia
375	23	*prohibetote*	perhibetote
391	7	*afficacia*	efficacia
394	28	*opposte*	apposte
401	17	*istituivasi*	istituirsi
420	14	*nepotis*	neptis
423	18	*dové istituirli*	il padre legittimo e naturale dovè istituirli
429	13	*Ma così a questi*	Ma cosi agli
456	26	*Collasione*	Collazione
460	6	*Intanto*	Intento